التكملة الثانية

المجموع

شرح المهذب

الجزء الخامس عشر

الناشر
المكتبة السلفية
المدينة المنورة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الاجارة

يجوز عقد الإجارة على المنافع المباحة ، والدليل عليه قوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » .

وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضى الله عنه قال : كنا نكرى الأرض بما على السواقى من الزرع ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق .

وروى أبو أمامة التيمى قال : سألت ابن عمر فقلت : إنا قوم نكرى فى هذا الوجه ، وإن قوماً يزعمون أن لا حج لنا ، فقال ابن عمر : ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألونى عنه فلم يرد عليه حتى نزل « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » فتلاها عليه . وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره ، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة الى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الاجارة على المنافع

(فصل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

(فصل) واختلف أصحابنا فى استئجار الكلب المعلم ، فمنهم من قال يجوز لان فيه منفعة مباحة فجاز استئجاره كالفهد ، ومنهم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لان اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة . وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة ، ولانه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها .

(فصل) واختلفوا فى استئجار الفحل للضراب ، فمنهم من قال يجوز لانه

يجوز أن يستباح بالاعارة لجاز ان يستباح بالاجارة كسائر المنافع ، ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن عسب الفحل ، ولان المقصود منه هو الماء الذى يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم

(فصـل) واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فمنهم من قال يجوز ، لانه منفعة مباحة لجاز الاستئجار لها كسائر المنافع . ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح ؛ لان الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، ولانه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد

(الشرح) حديث سعد بن أبى وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى . قال ابن حجر فى فتح البارى : رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومى لم يرو عنه الا ابراهيم بن سعد .

وأما حديث أبى أمامة التيمى فأخرجه أحمد وغيره ، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من أحكام فى كتاب الحج .

وأما حديث « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية » فقد أخرجه أحمد فى مسنده والبخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر .

وأما حديث النهى عن ثمن عسب الفحل فقد رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود ، ورواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى بلفظ « نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان »

وقال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح ، الا أن ابراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب . وأخرجه أيضا البيهقى وعبد الرزاق واسحاق فى مسنده وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع

والاصل فى جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » « قالت إحداهما : يا أبت استأجره

إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك ».

وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثمانى حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال تعالى « فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا ».

وأما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط الديلى وكان خريتاً - وهو الخبير بمسالك الصحراء والوهاد العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة - ليكون هاديا ومرشداً لهما فى هجرتهما من مكة إلى المدينة .

وفى البخارى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » والأحاديث فى هذا كثيرة

أما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة إلا ما روى عن عبد الرحمن الأصم الذى قيل فيه : إنه عن الحق أصم من أنه لا يجوز ذلك لأنه غرر ، لأنه يعقد على منافع لم تخلق ، ولو تحقق ما يتصوره الأصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والموصلات بكل أنواعها لأنها كلها — وهى تستغرق مظاهر الحياة قديما وحديثا — قائمة على المؤاجرات والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الاعيان سواء بسواء . بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً وأشمل مرفقا ، ولأن المنافع المتاحة أوسع آفاقا من الاعيان والعروض .

فإذا ثبت هذا فإن الاجارة كالبيع تنعقد بأربعة : بمؤجر ومستأجر ومؤاجر وأجرة . فالأول فهو باذل المنفعة كالبائع . والثانى طالب المنفعة كالمشترى ، وكل من صح شراؤه صح استئجاره . والثالث فهو كل عين صح الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعيانا كالنخل

والشجر ، وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح اجارته كالدراهم والمأكول ، لأن منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك ، ومنفعة المأكول بالاستهلاك كاستئجار الدراهم والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكيلا ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدها) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين

(والوجه الثانى) لا يصح لان هذا نادر من منافع ذلك ، والاغلب سواه ؛ فصار حكم الاغلب هو المغلب ، ولأن المنافع المضمونة بالاجارة هى المضمونة بالغصب ، ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب كنشر الثياب فوق الشجر فلم يصح أن تضمن بالاجارة . وهكذا كل ما كانت منافعها أعياناً من النخل والشجر ، لان منافعها ثمار هى أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها ، فلم يصح العقد عليها قبله .

فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفى مع بقاء العين كالاستظلال بالشجر أو ربط ماشية اليها فذلك ضربان :

(أحدها) أن يكون هذا غالبا فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الاجارة عليها

(والثانى) أن يكون نادراً غير مقصود فى العرف ، فيكون على ما مضى من الوجهين .

ثم العقد وان توجه الى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لان الاجرة فى مقابلتها وانما توجه الى العين لتعتبر المنفعة بها . وقال أبو اسحاق المروزى : العقد انما تناول العين دون المنفعة ليستوفى من العين مقصوده من المنفعة ، لان المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد اليها . وهذا خطأ ، ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة فى الذمه غير مضافة الى عين ؟ كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا فى ذمته ، واذا كان كذلك فلا بد أن تكون المنفعة معلومة كما لا بد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة ، كما لو كان المبيع مجهولا ، والعلم بها قد يكون من وجهين :

(أحدها) تقدير العمل مع الجهل بالمدة (والثانى) تقدير المدة مع الجهل بقدر العمل ، وسيأتى تفصيلهما وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } واختلفوا فى الكافر إذا استأجر مسلما إجارة معينة ، فمنهم من قال فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه . ومنهم من قال يصح قولا واحداً لأن عليا كرم الله وجهه كان يستقى الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة { فصل } ولا يصح إلا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح الا من جائز التصرف فى المال كالبيع

{ فصل } وينعقد بلفظ الاجارة لأنه لفظ موضوع له ، وهل ينعقد بلفظ البيع ، فيه وجهان (أحدهما) ينعقد لأنه صنف من البيع لانه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانعقد بلفظه (والثانى) لا ينعقد لأنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح .

(فصل) ويجوز على منفعة عين حاضرة ، مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين فى الذمة مثل أن يستأجر ظهراً فى الذمة للركوب ، ويجوز على عمل معين مثل أن يكترى رجلا ليخيط له ثوبا أو يبنى له حائطا ، ويجوز على عمل فى الذمة ، مثل أن يكترى رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط لأنا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح فى عين حاضرة وموصوفة فى الذمة ، فكذلك الاجارة . وفى استئجار عين لم يرها قولان (أحدهما) لا يصح (والثانى) يصح ويثبت الخيار اذا رآها كما قلنا فى البيع

{ فصل } وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع لانا بينا أنه بيع ، والبيع يصح فى المفرد والمشاع فكذلك الاجارة .

(فصل) ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، فإن استأجر أرضا للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه ، كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر فى الجبل لان المنفعة فى الاجارة كالعين فى البيع فإذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها فإن اكترى أرضا على نهر إذا زاد سقى واذا لم يزد لم يسق ، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة نظرت فان اكتراها بعد الزيادة صح العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه ، فهو كبيع الطير

فى القفص . وإن كان قبل الزيادة لم يصح لانه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح كبيع الطير فى الهواء ؛ وان اكترى أرضا لاماء لها ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة ففيه وجهان ، أحدهما : لا يصح لان الارض لا تكترى فى العادة الا للزراعة ، فصار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة . والثانى : ان كانت الارض عالية لا يطمع فى سقيها صح العقد لانه يعلم أنه لم يكترها للزراعة . وان كانت مستفلة يطمع فى سقيها بسوق الماء اليها من موضع لم يصح لانه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة ، فإن اكترى أرضا غرقت بالماء لزراعة مالا يثبت فى الماء كالحنطة والشعير نظرت فان كان للماء مغيض اذا فتح انحسر الماء عن الارض وقدر على الزراعة صح العقد ، لانه يمكن زراعتها بفتح المغيض ، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب ، وان لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما فى يد الغاصب ، فان كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان : أحدهما لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة فى الحال . والثانى يصح وهو قول أبى إسحاق وهو الصحيح لانه يعلم بالعادة امكان الانتفاع به ، فان اكترى أرضا على ماء اذا زاد غرقت فاكتراها قبل الزيادة صح العقد لان الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد

(الشرح) خبر على رضى الله عنه رواه أحمد وجوّد الحافظ بن حجر اسناده ولفظه « جعت مرة جوعا شديداً فخرجت لطلب العمل فى عوالى المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بله ، فقاطعتها كل ذنوب على تمرة ، فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداى ، ثم أتيتها فعدت لى ست عشرة تمرة ، فأتيت النبى (ص) فأخبرته فأكل معى منها » وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقى عن ابن عباس أن عليا أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة ، وعندهما أن كل عدد التمر سبع عشرة تمرة . وفى اسناده حنش راويه عن عكرمة وهو ضعيف .

وقوله « ذنوبا » الدلو مطلقا أو التى فيها ماء أو الممتلئة أو غير الممتلئة وكلها فى القاموس ، وقوله « مجلت » بكسر الجيم أى غلظت وتنفطت وقد أجلها العمل أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء ، أو المجلة جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء من أثر العمل .

وهذا الخبر يدل دلالة يعجز القلم عن استقصاء ماتوحى به ، من بيان ماكانت الصحابة عليه من الحاجة وشده الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتعاب النفس فى تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المتن ، وأن تأجير النفس لا يعد دناءة ، وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشراف الناس وعظمائهم . وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الإجارة معاددة يعنى أن يفعل الأجير عدداً معلوما من العمل بعدد معلوم من الأجرة .

(فرع) الاجارة عوض فى مقابلة المنفعة كالثمن فى مقابلة المبيع وحكمه كحكمه فى جوازه معينا وفى الذمـة . قال الشافعى : فالاجارات صنف من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه اهـ .

ومن هذا أخذ الفقهاء أنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع ، فإن كان العيب موجوداً فى الشىء المؤاجر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشترى أن يفسخ دون البائع ، وإن كان العيب موجوداً فى الأجرة فان كانت فى الذمه أبدل المعيب بغيره ولا خيار ، وإن كانت معينة فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب فى الثمن المعين دون المشترى : ولا يجوز فسخ الاجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ فى المعقود عليه عيب ، ومن هنا كان لأصحابنا وجهان فى انعقاده بلفظ البيع . ونظراً لأن عقد الاجارة كعقد النكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضه وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا : إنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح ، والوجه الثانى : ينعقد بلفظ البيع لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على الباذل كالبيع سواء بسواء .

إذا ثبت هذا : فهل المعقود عليه العين لأنها الموجودة فيقال : أجرتك دارى أم أن العقد يتعلق بالمنفعه دون الأعيان ، فيقال : أجرتك دارى أو منفعة دارى بكذا ، أو بعتك منفعتها ، وهذا الأخير هو قول مالك وأبى حنيفه وأحمد وأكثر أصحاب الشافعى ، ويصح العقد على منفعة مضمونه فى الذمه غير مضافه إلى عين كرجل استأجر من رجل عملا مضموناً فى ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون

المنفعة معلومة كما لا بد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة كما لو كان المبيع مجهولا ، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين ، نوع يكون عقده على مدة معلومة ؛ ونوع يكون على عمل معلوم فالأول كالدار والأرض فلا تجوز إجارتها إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد ، لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل فى بقية المدة فقد زاد على ما تعاقدا عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل فى بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل فى المدة ، فإن أتمه عمل فى غير المدة ، وهذا غرر أمكن التحرز منه ، ولم يوجد مثله فى محل الوفاق فلم يجز العقد معه .

(فرع) قال الشافعى : إذا تكارى الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو الغيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى الغلتين والماء قائم ثم نضب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهاب الماء فذلك له ويكون عليه من الكراء بحصة ما زرع إن كانت حصة الزرع الذى زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثانى اه .

قال النووى فى المنهاج : ولا يصح استئجار آبق ومغصوب وأعمى للحفظ. وأرض للزراعة لا ماء لها دائم . ولا يكفيها المطر المعتاد ، ويجوز إن كان لها ماء دائم ، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها فى الأصح اه . قال الشربينى الخطيب فى المغنى : ومجرد الامكان لا يكفى كإمكان عود الآبق والمغصوب ، نعم لو قال المكرى أنا أحفر لك بئراً وأسقى أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت الاجارة كما قال الرويانى . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح ، وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة ، إلى أن قال : ويجوز استئجار أراضى مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمسة عشر ذراعا فما دونها كما نقله فى الكفاية عن أبى الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين .

وقال السبكى : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة . وما يروى من

ستة عشر وسبعة عشر غالب الحصول ، وإن كان الاحتمال متطرقا إلى الستة عشر وإلى السبعة عشر كثيراً اه

وتصح الارض للزراعه قبل انحسار الماء عنها ، وإن سترها عن الرؤية ، لان الماء من مصلحتها كاستتار اللوز والجوز بالقشر ، فإن قيل : ينبغى عدم الصحة لان الانتفاع عقب العقد شرط ، والماء يمنعه أجيب بأن الماء من مصالح الزرع ، وبأن صرفه ممكن فى الحال بفتح موضع ينصب اليه فيتمكن من الزرع حالا كاستئجار دار مشحونه بالامتعه التى يمكن نقلها فى زمن لا أجرة له هذا إن وثق باحساره وقت الزراعه وإلا فلا يصح ، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يحرفها بفيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز لان الاصل والغالب السلامه .

وإن استأجر أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها ان اعتيد دخوله بعرف مطرد — والشرب بكسر الشين — النصيب من الماء ، بخلاف مالو باعها لا يدخل ، لأن المنفعه هنا لا تحصل بدونه أو شرط فى العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاغتناء عن شربها ، والامتناع الشرعى لتسليم المنفعه كالحسى فى حكمه .

وقد أورد المصنف وجهين فى الارض التى يغطيها الماء وعلم انحسار أو احتمال تبخرها وجفافها ، أحدهما : عدم صحة العقد لعدم امكان استيفاء المنفعه حالا ، والثانى : وهو قول أبى اسحاق المروزى وهو الصحيح والذى عليه الفتوى من أئمه المذهب أنه يصح ، لانه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان استأجر رجلا ليعلمه بنفسه سورة وهو لايحسنها ففيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح أن يشترى سلعه بدراهم ، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم (والثانى) لا يصح لانه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كمالو أجر عبد غيره .

(فصل) ولا تصح الإجارة الا على منفعة معلومة القدر لانا بينا أن الإجارة

بيع والبيع لا يصح إلا فى معلوم القدر فكذلك الاجارة ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة ، فإن كانت المنفعة معلومة القدر فى نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب إلى مكان قدرت بالعمل لأنها معلومة فى نفسها فلا تقدر بغيرها ، وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوما ليخيط له قميصاً فالاجارة باطلة لأنه يؤدى الى التعارض وذلك انه قد يفرغ من الخياطة فى بعض اليوم فان طولب فى بقية اليوم بالعمل أخل بشرط العمل وإن لم يطالب أخل بشرط المدة ، فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار فى نفسها كالسكنى والرضاع وسقى الأرض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الأرض من السقى يختلف ولا ينضبط ، ومقدار التطيين والتجصيص لا ينضبط لاختلافهما فى الرقة والثخونة فقدر بالمدة ، واختلف أصحابنا فى استئجار الظهر للحرث ، فمنهم من قال يجوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها ، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهراً ، ومنهم من قال لا يجوز تقديره بالمدة والأول أظهر لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما

﴿ فصـــل ﴾

وما عقد على مدة لا يجوز الا على مـــدة معلومة الابتداء والانتهاء . فإن قال أجرتك هـذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة ، وقال فى الاملاء تصح فى الشهر الأول وتبطل فيما زاد ، لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول ، كما لو قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الاول لانه عقد على الشهر وما زاد من الشهور . وذلك مجهول فبطل ، ويخالف هذا اذا قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك أفرد الشهر الاول بالعقد وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد ، فبطل بالجميع ، فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة ، لأن السنة المعهودة فى الشرع سنة الاهلة . والدليل عليه قوله عز وجل : يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج . فوجب أن يحمل العقد عليه ، فإن كان العقد فى أول الهلال عد اثنا عشر شهرا بالاهلة ، تاما كان الشهر أو ناقصا ، وان كان فى أثناء الشهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالاهلة ثم كمل عدد الشهر

الأول بالعدد ثلاثين يوما لأنه تعذر اتمامه بالشهر الهلالى فتمم بالعدد ، فإن أجره سنه شمسيه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لانه على حساب أنسيء فيه أيام والنسيء حرام ، والدليل عليه قوله تعالى « انما النسيء زيادة فى الكفر »

(والثانى) انه يصح لانه وان كان النسيء حراما ، الا أن المدة معلومة لجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان ، وفى أكثر المدة التى يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما فى المساقاة

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة ، لان الاجارة بيع والمنفعه فيها كالعين فى البيع ، والبيع لا يصح الا فى معلوم فكذلك الاجارة ، فان كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار لان المنفعه تختلف باختلافها فوجب العلم بها ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لأنها لا تضبط بالصفة فافتقر الى التعيين كالعقار والجواهر فى البيع ، وهل يفتقر الى الرؤية ؟ فيه قولان بناء على القولين فى البيع ، ولا يفتقر الى ذكر السكنى ولا الى ذكر صفاتها لأن الدار لا تكترى الا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد معروف ، وان اكترى أرضا لم يصح حتى تعرف الارض لما ذكرناه فى الدار ، ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء ، لأن الأرض تكترى لهذه المنافع وتأثيرها فى الأرض يختلف فوجب بيانها .

وان قال : أجرتك هذه الارض لتزرعها ما شئت جاز ، لانه جعل له زراعه أضر الاشياء ، فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه ، وان قال أجرتك لتزرع وأطلق ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان الزروع مختلفه فى التأثير فى الارض فوجب بيانها (والثانى) يصح لان التفاوت بين الزرعين يقل

وان قال أجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح ، كما لو قال بعتك أحد هذين العبدين ، وان قال أجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان (أحدها) لا يصح وهو قول المزنى وأبى العباس وأبى اسحاق لأنه

لم يبين المقدار من كل واحد منهما (والثانى) يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف، وهو ظاهر النص، وهو قول أبى الطيب بن سلمه، لأن الجمع يقتضى التسوية فوجب أن يكون نصفين

(الشرح) هذا الحكم فى تعليم القرآن ينبنى على أن تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا؟ فقد روى ابن ماجه والبيهقى والرويانى فى مسنده عن أبى بن كعب قال: علمت رجلا القرآن فأهدى لى قوساً، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال «إن أخذتها أخذت قوساً من نار» فرددتها.

قال البيهقى وابن عبد البر: هو منقطع، يعنى بين عطية الكلاعى وأبىّ بن كعب وكذلك قال المزى، وتعقبهم الحافظ بن حجر بأن عطية ولد فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم، وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن بن سلم الراوى عن عطية.

* * *

وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه بلفظ «علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن، فأهدى إلىّ رجل منهم قوسا فقلت: ليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله عز وجل، لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسألنه فأتيته فقلت: يارسول الله، إنه رجل أهدى إلىّ قوسا ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله، فقال: إن كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها».

وفى إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلى، وقد وثقه وكيع ويحيى بن معين وتكلم فيه جماعة. وقال أحمد: ضعيف الحديث، حدث بأحاديث مناكير وكل حديث رفعه فهو منكر.

وقال أبو زرعة الرازى: لا يحتج بحديثه، ولكنه قد روى عن عبادة من طريق أخرى عند أبى داود بلفظ «فقلت: ماترى فيها يا رسول الله؟ فقال جمرة

بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها ، وفى هذه الطريق بقية بن الوليد ، وقد تكلم فيه جماعة ووثقه الجمهور إذا روى عن الثقات ، وقد أورد ابن حجر حديث عبادة هكذا فى كتاب النفقات من تلخيص الحبير وتكلم عليه ، وفى هذا المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبزار بنحو حديث أبى ، وعن أبى الدرداء عند الدارمى بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضاً .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن كأحمد بن حنبل وأصحابه وأبى حنيفة ، وبهذا قال عطاء والضحاك بن قيس والزهرى وإسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق ، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن ، وأجابوا عن هذه الأحاديث بأجوبة منها أن حديثى عبادة وأبى قضيتان فى عين فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فكره أخذ العوض عنه ، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم مادفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته إمرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم : هل عندك من شىء تصدقها إياه ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى هذه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن أعطيتها إزارك ؛ جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شىء ؟ فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها ، فقال النبى (ص) قد زوجتكها بما معك من القرآن » وفى رواية « قد ملكتكها بما معك من القرآن » ولمسلم « زوجتكها تعلمها القرآن »

وفى رواية لأبى داود « علمها عشرين آية وهى إمرأتك » ولأحمد « قد أنكحتكها على ما معك من القرآن » .

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم فى كتاب الزكاة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا اشراف نفس فخذه ، ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذى أخرجه البخارى عن ابن عباس وفيه « إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » .

فإذا ثبت هذا : فإن كان الأجر على تعليم السورة لا يحفظها ففى صحة ذلك وجهان (أحدهما) يصح كما يصح شراء ما لا يملك ثمنه على أن يحصلها ثم يدفعها (والثانى) لا يصح لأن المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح .

قال العلامة الشربينى فى المغنى على المنهاج : أما إذا استأجره مدة لجميعه فإنه لا يصح على الأصح فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغى أن يقول المصنف — يعنى النووى — تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعى رضى الله عنه فى باب التدبير نص على أن القرآن بالألف واللام لا يطلق إلا على جميعه ، فاذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفتى الغزالى بأن أيام السبوت مستثناة فى استئجار اليهودى شهراً لاطراد العرف به .

وقال البلقينى : ويقاس عليه الأحد للنصارى ، والجمع فى حق المسلمين ، ثم قال ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فان لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكفى أن يفتح المصحف ويقول : تعلمنى من هنا إلى هنا ، لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار اليه بسهولة أو صعوبة ، فاذا أطلق العقد فى تعلم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردى والرويانى تفريعاً على ذلك : يعلمه الاغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم فانه يتعين دراهم البلد ، أى فان لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فان عين له قراءة تعينت ؛ فان أقرأه غيرها لم يستحق أجرة فى أحد وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ، ويشترط فى المتعلم أن يكون مسلما أو يرجى إسلامه ؛ فان لم يرج لم يعلم كما يباع المصحف من الكافر .

(فرع) قال الشافعى : وكذلك يملك المستأجر المنفعة التى فى العبد والدار والدابة إلى المدة التى اشترط حتى يكون أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها

العوض فهى منفعة معقولة من عين معروفة فهى كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان فى حكم الدين ولم يجز أن يكترى بدين لانه حينئذ يكون ديناً بدين ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين ، فاذا وقع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلا اه .

وجملة القول فى عقد الإجارة أن يتضمن تمليك منافع فى مقابلة أجرة ، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض ، وأما الإجارة فلها ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يشترطا حلولها وتكون حالة اتفاقا .

(والثانى) أن يشترطا تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمة اجماعا

(والثالث) ان يطلقاها فلا يشترطا فيها حلولا ولا تأجيلا ، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب : فمذهب الشافعى منها أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين ، وقال أبو حنيفة : لا يتعجل الاجرة بل تكون فى مقابلة المنفعة ، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك مافى مقابلته من الأجرة ، وقال مالك : لا يستحق الاجرة الا بمضى جميع المدة استدلالا بقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، فاقتضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق الأجرة ؛ وبما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » فكان ذلك منه حثا على تعجيلها فى أول زمان استحقاقها ، وذلك بعد العمل الذى يعرف به ، ولان أصول العقود موضوعة على تساوى المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تاليا لملك المعوض كالبيع اذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن ، واذا سلم المبيع استحق قبض المنافع مؤجلا وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلا ، وتحريره قياسا أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد اقباض المعوض كالبيع ، ولان ما استحق من الاعواض على المنافع يلزم أداؤه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض ، ولان من ملك الأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد ، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من الاجرة فدل على أنه لم يكن مالكا الأجرة .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح ؛ ولأن كل عوض تعجل بالشرط فبإطلاقه يوجب حلوله كالثمن ، ولأن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوى حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر فى الأصول فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن ، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق ، كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الأجرة ، والمنافع ههنا مقبوضة بالتمكين حكما ، وإن لم يكن القبض مستقراً .

(فرع) قال الشافعى : وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد الإجارة على سنه واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية اليها فأما مازاد على السنة الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير ، وللشافعى فيما زاد على السنه الواحدة قولان .

(أحدهما) لا تجوز الإجارة أكثر من سنه ، لأن الإجارة غرر لأنها عقد قد تسلم وقد لا تسلم ، فإذا قل الزمان قل غررها لجاز ، وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار ، ولأن السنه هى المدة التى تكمل فيها منافع الزراعه فى الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة بها وبطلت فيما جاوزها .

(والقول الثانى) وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة بثلاثين سنة قدرها الشافعى على سبيل الكثرة ؛ أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك قد يختلف باختلاف المؤاجر ، فإن كان ذلك داراً للسكنى جازت إجارتها يوما واحداً ، وان كان ذلك أرضاً للزراعه فأقلها مدة زراعتها ، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشىء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك أرضاً تأبد بقاؤها ، وإن كان داراً روعى فيها مدة يبقى فيها بناؤها ، وإن كان حيواناً روعى فيه الأغلب من مدة حياته .

(فرع) فأما إذا آجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجارات فيماعدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه ، فصار كقوله : أجرتكها مدة ، واختلف أصحابنا فى صحتها ولزومها فى الشهر الأول على وجهين .

(أحدهما) أن الاجارة فيه صحيحه لكونه معلوما .

(والوجه الثانى) وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز فى الحكم . وقال أبو حنيفه : الاجارة صحيحه وللمستأجر فسخ الاجارة فى كل شهر قبل دخوله ، فإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسميه الأجرة لكل شهر جاريا مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمى ثمن كل قفيز ، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التى قد أشير اليها وينحصر كيلها ، ولأنه لا يخلو أن تصح الاجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل ، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى .

فإذا قدر المدة بسنه حملت على السنه الهلاليه المعهودة شرعا فان شرط هلاليه كان تأكيداً ، وإن قال عدديه أو سنه بالأيام كان له ثلاثمائه وستون يوما ، لان الشهر العددى يكون ثلاثين يوما ، وإن استأجر سنه هلاليه أول الهلال عد اثنى عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصاً ؛ لان الشهر الهلالى مابين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ؛ وإن كان العقد فى أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل ، وقد مضى فى السلم بحث فى الشهور العربيه الهلاليه والشمسيه الروميه ويعد ذلك أساساً لتوقيت التعامل هنا كمثله هناك .

(فرع) قال فى المنهاج : يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنه ، وتارة بعمل كدابه إلى مكة وكخياطه ذا الثوب فلو جمعهما فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح فى الاصح ، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفى البناء يبين الموضع والطول والعرض والسمك وما يبنى به إن قدر بالعمل ،

وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة . ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصح . ولو قال : لتنتفع بها شئت صح ، وكذا لو قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس في الاصح . ويشترط في إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام ، وقيل لا يكفي الوصف ؛ وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له .

وقال السبكي : لا بد في تصوير هذه المسألة من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت ، فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع . اه

وإذا صلحت الأرض لغراس أو بناء أو زراعة أو لإثنين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة في الصورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ، فإن أطلق لم يصح ، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفي الاطلاق فيها كأراضي الأحكار فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين فانه يغلب فيها الغراس؛ ويكفي في أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها ، كقوله أجرتكها للزراعة أو لتزرعها ، فيصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع ؛ ويزرع ما شاء للإطلاق

قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات . وما قاله حكاه الخوارزمي وجها ، فيكون الوجه الثاني أنه لا يكفي لأن ضرر الزرع مختلف . نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفي الاطلاق لوجوب الاحتياط . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع ، فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالمهملاج والقطوف من الخيل ففيه وجهان (أحدهما) يفتقر إلى ذكره لأن سيرهما يختلف (والثاني) لا يفتقر لأن التفاوت

فى جنس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراكب ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ، ولا يصح حتى يعرف ماير كب به من سرج وغيره ، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب .

فإن كان عماريه أو محملا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب ، والثانى إن كانت من المحامل البغداديه الخفاف جاز العقد عليه بالصفه لأنها لا تختلف وإن كانت من الخراسانيه الثقال لم يجز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت (والثالث) وهو المذهب انه لا يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف بالضيق والسعه والثقل والخفه وذلك لا يضبط بالصفه فوجب تعيينه .

واختلف أصحابنا فى المعاليق كالقدر والسطيحه ، فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولا واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها . ومنهم من قال فيه قولان : (أحدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه (والثانى) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء فى الاجارة والحمل فى البيع ، وان كان السير فى طريق فيه منازل معروفه جاز العقد عليه مطلقا لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقا كالثمن فى موضع فيه نقد متعارف ، فان لم يكن فيه منازل معروفه لم يصح حتى يبين لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه .

(فصل) فان استأجر ظهرا لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر لأنه لا غرض فى معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع انه حديد أو قطن لأن ذلك يختلف على البهيمه ولا يصح حتى يعرف قدره لانه يختلف ، فان كان موزونا ذكر وزنه ، وان كان مكيلا ذكر كيله ، فإن ذكر الوزن فهو أولى لأنه أحصر وأبعد من الغرر ، فان عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وان لم يعرف كيلها ، فان شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لأنه دخل فى الشرط ما يقتل البهيمه ، وذلك لا يجوز فبطل به العقد .

فأما الظروف التى فيها المتاع فانه ان دخلت فى وزن المتاع صح العقد لأن

الغرر قد زال بالوزن وإن لم تدخل فى وزن المتاع نظرت فان كانت ظروفا معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد عليها من غير تعيين لأنها لا تتفاوت ، وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(الشرح) المهملج . قال فى القاموس : والهملجة فارسى معرب ؛ وشاة هملاج لا مخ فيها لهزالها ، وأمر مهملج مذلل منقاد ، والهملاج بالكسر من البراذين ، والقطوف الدابة ضاق مشيها ، قال زهير :

بارزة الفقـارة لم يخنهـا ‏ ‏ قطاف فى الركاب ولا خلاء

والعمارية نسبة الى موضع باليمامة والمحمل كمجاس الهودج فكأن منها ما يصلح للركوب ، ومنها ما يصلح للحمل ، والمعاليق جمع معلاق ، وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط ، السطيحة إناء مسطح من الجلد .

أما الأحكام فإنه يشترط فى إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام له لينتفى الغرر . وذلك بنحو ضخامة أو نحافة ، كما فى الحاوى الصغير خلافا للبلقينى وغيره من اعتبار الوزن ، إذ أن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته ، وإنما اعتبروا فى نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير ، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال ، فلم يعتبر جمعهما فيه ، وقيل لا يكفى الوصف وتتعين المشاهدة لأنه ليس الخبر كالعيان ، ولما يأتى من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع ، وكذا الحكم فيما معه من متاع ، وفيما يركب عليه من محمل وسرج وأكاف إن خش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكترى ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة الى ذكر ما يركب عليه ، ويركبه المؤجر على ماشاء من سرج يليق بالدابة ويناسب قوتها . فان كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافا للأذرعى ، ولا بد فى نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه . وكذا غطاء إن شرط فى العقد ، فان كان ثمة عرف مطرد حمل الاطلاق عليه ، ولو شرط فى عقد الإجارة حمل المعاليق فسد العقد فى الأصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثانى) يصح ويحمل على الوسط المعتاد ،

وإن لم يشرطه لم يستحق حملها فى الأصح ، هكذا أفاده النووى والرملى وغيرهما ويقاس على هـذا ما ينبغى أن تـكون عليه مؤاجرة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال ، فقد تحددت فى زماننا هذا حمولة السيارات الركوبية بعدد الراكبين وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب ، وكذلك السيارات الحمولية تحـددت حمولتها بالوزن ومقصـد الشرع المحافظة على البهيمة من وجهين : حرمة الحياة وحرمة المـال .

(فرع) وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب فى الايجار أن يعرف المحمول وقدره وجنسه ، فاذا كان فى أوطبه وأجوله أو صناديق امتحنها وعرف مافيها ، فان كانت عاريه فلا كلام وإن كانت مظروفة فى أكياس أو معبأة وجب امتحانها ومعرفتها جنسا ووزنا .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز من ذلك شىء على شىء مغيب لا يجوز حتى يرى الراكب والراكبين ، وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين أو تـكون الحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تـكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبه وما أشبه هذا . وقال أيضاً « وإذا تـكارى الرجل الدابه الى موضع فجاوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها اليه الـكراء الذى تكاراها به وعليه من حين تعـدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع ، وإذا عطبت عليه لزمه الـكراء إلى الموضع الذى عطبت فيه وقيمتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان استأجر ظهراً للسقى لم يصح العقد حتى يعرف الظهر ، لأنه لا يجوز الا على مدة ، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الاظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفه ، لانه يضبط بالصفه فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفه ، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفه ، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين ، لأنه لا يضـبط بالصـفه فوجب تعيينه .

(فصـل) وإن استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الارض ، لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، فإن كان على جربان لم يفتقر الى العلم بالظهر لأنه لايختلف . وإن كان على مدة وقلنا إنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذى يحرث به ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والصفه لما ذكرناه فى السقى .

(فصل) وان استأجر ظهرا للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذى يداس لان العمل يختلف باختلافه ، فان كان على زرع معين لم يفتقر الى ذكر الحيوان الذى يداس به ، لأنه لا غرض فى تعيينه ، فان كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذى يداس به ، لأن العمل يختلف باختلافه

(فصل) وإن استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحه لان الصيد يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفه لانه ينضبط بالصفه ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد ، لأن لكل صنف من الصيد تأثيرا فى اتعاب الجارحه .

(الشرح) يجوز اكتراء الدابه للاستقاء بالغرب - وهو الدلو العظيمه - ونحوه كالدولاب ، فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بكيله مترياً أو قياسه أو وزنه ، ولا يجوز تقدير ذلك بحوض فى الأرض أو حفرة فيها للجهالة والتسرب الماء فى باطن التربه

فإن قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب اليه ، لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه ، وان قدره بملء شىء معين احتاج الى معرفته ومعرفة ما يستقى منه ، هـذا ما يقال فى الاستقاء .

ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فنقول : ان جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب « وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس »

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبي صلى الله عليه وسلم « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت : إنى لم أخلق لهذا ، وإنما خلقت للحرث » رواه الشيخان ؛ على أن هذا يحتاج الى شرطين ، معرفة الأرض وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف الا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة وضيقاً وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان ـ جمع جريب ـ وهو ما يبلغ ستين ذراعا مربعاً مهيأ للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب وألف خريب ويعنون بالخريب غير المهيأ للزراعة ويحتاج الى اصلاح حتى يكون جريبا ، ومن هنا اختلف كراء الجريب عن الخريب لان الجريب تكون مستوية السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لأنها لا تعرف الا بالمشاهدة

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين اما بالمدة كيوم ويومين واما بالأرض كهذه القطعة ، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبة أو قصبتين (والقصبة ٣٥٥ س م .) والفدان ٣٣٣ وثلث قصبة .

أما الدراس أو الدياس — والدياس جعلوها مصدراً لداس يدوس دوساً ودياسا مثل الدراس فمن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب ، ومنهم من يقول : هو مجاز وكأنه مأخوذ من داس الأرض دوسا اذا شدد وطأه عليها بقدمه ، والمدوس الذى تداس به الحنطة — بكسر الميم — لأنه آلة .

وأما المداس الذى ينتعله الإنسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لأنه آلة والا فالكسر أيضا حملا على النظائر الغالبة من العربية ، ولا أدرى وجه صاحب القاموس المحيط فى جعله زنة سحاب — قلت : أما تأجير البقر للدراس او غير البقر فأشبه الحرث فى معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهل بالنورج أم بدونه وعلى مدة ومعرفة الحيوان ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، فمن الحيوانات ما يكون نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج الى اختياره وتحديد نوعه وكذلك ادارة الرحى للطحن يفتقر الى شيئين ، معرفة الحجر بالمشاهده ، واما بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل اما بالزمان كيوم ويومين ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته .

(فرع) إذا استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لأنها إذا كانت الجارحة كلبا فلا يصح استئجاره كما صحح ذلك النووى ، وحكى الرملى والشربينى منازعة النووى فى هذا ، وقال الاذرعى : المختار قول الغزالى ، يعنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد .

أما الجوارح الاخرى كالبازى والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولا واحداً كما يجوز استئجار السنور لصيد الفأر وعلى هذا يصح استئجارها - أعنى الجوارح - من ذمى أو مجوسى ويجرى عليها حكم صيد المسلم بكلب النصرانى واليهودي ، إن قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز .

أما الجوارح الاخرى فإنه يصح استئجارها من يهودى أو نصرانى ويصح صيدها قال العبدرى : وبه قال الفقهاء كافة . وقال ابن المنذر : وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهويه ، وقال أحمد : كلب النصرانى واليهودى عندى أهون من المجوسى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان استأجر رجلا ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان : لان لكل جنس من الماشيه تأثيراً فى اتعاب الراعى . ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس فى الذمه ؛ فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد ، لان العمل يختلف باختلافه ، ومن أصحابنا من قال : يجوز مطلقا ويحمل على ماجرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائه أو أقل أو أكثر ، والاول أظهر لان ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد .

(فصل) وان استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبى الذى عقد على ارضاعه ، لأنه يختلف الرضاع باختلافه ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لانه لايضبط بالصفه ولايصح حتى يذكر موضع الرضاع لان الغرض يختلف باختلافه .

﴿ فصـل ﴾ وان استأجر رجلا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الارض لان الحفر يختلف باختلافها ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ، لان الغرض يختلف باختلافها ، وان استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، وان استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ، ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد ، وعلى هذا جميع الاعمال التي يستأجر عليها .

وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه مالا يعرفه ، رجع فيه الى أهل الخبرة ليعتمد على شرطه ، كما اذا أراد أن يعقد النكاح ، ولم يعرف شروط العقد رجع الى من يعرفه ليعقد بشروطه ، وان عجز عن ذلك فوضه الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الاعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع .

﴿ فصل ﴾

وان استأجر رجلا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لان الغرض يختلف باختلافها ، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف ، فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأن الاعشار تختلف (والثاني) يصح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه ، فقال لها : اجلسي بارك الله فيك ، أما نحن فلا حاجة لنا فيك ؛ ولكن تملكيننا أمرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوه القوم ، فدعا رجلا منهم فقال لها : انى أريد أن أزوجك هذا ان رضيت فقالت : ما رضيت لى يارسول الله فقد رضيت ، ثم قال للرجل : هل عندك من شيء ؟ قال لا والله يارسول الله . قال : ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة والتى تليها ، قال : قم فعلمها عشرين آية وهى امرأتك » وهل يفتقر الى تعيين الحرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يعين الحرف ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف (والثانى) لا يحتاج الى تعيين الحرف ، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل .

(فصل) وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه إفراد أو قران أو تمتع . لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فأما موضع الاحرام فقال فى الأم لا يجوز حتى يعين وقال فى الإملاء : إذا استأجر أجيراً أحرم من الميقات ولم يشرط التعيين ، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق المروزى : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز حتى يعين ، لأن الإحرام قد يكون من الميقات ، وقد يكون من دويرة أهله ، وقد يكون من غيرهما ، فإذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح (والثانى) أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع ، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق اليه كنقد البلد فى البيع

ومن أصحابنا من قال : إن كان الحج عن حى لم يجز حتى يعين لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه ، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين ، لأنه لا يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال : إن كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع فيه نقدان . وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين ، كالثمن فى موضع ليس فيه إلا نقد واحد ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن ترك التعيين وقلنا إنه لا يصح لحج الاجير ، انعقد الحج للمستأجر لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة فى بيع

(الشرح) أوردنا فى صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى . وقد روى أحمد والبخارى وابن ماجه أن النبى صلى الله عليه قال : ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم . فقال أصحابه وأنت ؟ قال نعم . كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة ، وقال سويد بن سعيد : يعنى كل شاة بقيراط .

وقال ابراهيم الحربى : قراريط اسم موضع ، وقد صوب ابن الجوزى وابن ناصر التفسير الذى ذكره ابراهيم الحربى : لكن الذى رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكاناً يقال له : قراريط

وقد روى النسائى من حديث نصر بن حزن قال : افتخر أهل الابل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بعث موسى وهو راعى غنم ، وبعث داود

وهو راعى غنم وبعثت وأنا راعى غنم أهلى بجياد ، وفى الحديث دليل على جواز الاجارة على رعى الغنم ، ويلحق بها فى الجواز غيرها من الحيوان ، وهل يصح أن يرعى قطيعا بغير عدد من الغنم ، أو قطيعا بغير عدد من البقر قل أو كثر ؟ قولان (أحدهما) وهو الاصح أن يذكر العدد وأن يكون الاجر مناسبا لقدر المنفعة والعمل (والثانى) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير عدد صح عقده .

(فرع) مذهب الشافعى رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الام لارضاع ولدها . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ما دامت فى النكاح أو العدة اه .

ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لرضاع أو غيره مما يؤدى إلى خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الاصح ، ويؤخذ من قول الاذرعى أنه يجوز لها ذلك اذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لاخلوة فيه بأجنبى ينقضى أجله قبل قدومه ، وقد اعترض الغزى على هـذا بأن المرأة ومنافعها مستحقة لزوجها بعقد النكاح . قال الرملى : وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها ، وانما يستحق المنفعة منها وهى متعذرة منه ، ولو اختلفت الزوجة مع زوجها حول الاذن صدق الزوج ولا كلام .

على أن الاقيس على ظاهر المذهب أنه يصح لها ذلك على حد قول الاذرعى لانه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لارضاع ولده ولو كان منها فان ذلك يفيد بمفهومه ملكها للمنفعة ، اذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها وكسوتها ؟ مذهب الشافعى على أن ذلك لا يجوز فى الظئر ولا فى غيره من أنواع الاجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل أجراً وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عن أحمد أن ذلك جائز فى الظئر دون غيره لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لهن النفقة والكسوة

على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل فى الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة فى الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا فى الظئر ولا فى غيرها . وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً . إذا ثبت هذا فهل تدخل الحضانة فى الرضاع أم لا؟ على وجهين (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبى ثور وابن المنذر لأن العقد لم يتناولها (والثانى) تدخل وهو قول أصحاب الرأى ، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبى فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة . ويشترط لعقد الرضاعة أربعة شروط :

١ — أن تكون مدة الرضاع معلومة ، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها ، فإن السقى والعمل فيها يختلف .

٢ — معرفة الصبى بالمشاهدة ، لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبى فى كبره وصغره ونهمته وقناعته .

٣ — موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها فى بيتها

٤ — معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق

(فرع) إذا استأجر عاملا يحفر له بئرا وحدد له مكان البئر وسعتها وأجره ، أو استأجر عاملا يضرب له لبناً وهيأ له الماء والتبن والتراب والمكان الصالح لضرب اللبن ، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره ، ولا ضمان عليه فى البئر ولا فى اللبن

(فرع) يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم القرآن أو سورة منه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديده كما يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما ان كان محتاجا وهو وجه فى المذهب ، ولا يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه فى الام حيث قال : إن القراءة لا تحصل له .

وقال الشربينى فى المغنى: الاجارة للقرآن على القبر مدة معلومة أو قدراً معلوما

جائزة للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحي الحاضر، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن الى الميت فى ذلك، ولان الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب الى الاجابة وأكثر بركة؛ ولانه إذا جعل أجرة الحاصل بقراءة الميت فهو دعاء بحصول الاجر فينتفع به. فقول الشافعى رضى الله عنه أن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك. وقد أفتى الشهاب الرملى بذلك وأفاده ولده شمس الدين فى نهاية المحتاج

قلت: وقد أجمع أهل العلم على أن القارىء إذا قرأ ابتغاء المال وطلبا للنقود لا سيما فى زماننا الذى عمت فيه حرفة القراءة؛ وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا آثما لأنه لا يبتغى بالقرآن وجه الله، ولم يقف عند عجائبه فيحرك به قلبه، وكما يقول أبو حامد الغزالى رحمه الله: الموعظة زكاة نصاب الاتعاظ ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه، ففاقد الاتعاظ بكتاب الله ليس عنده ما يمنحه غيره من الموعظه

(فرع) قال أصحابنا: أعمال الحج معروفة فاذا علمها المتعاقدان عند الاجارة صحت الاجارة، وإن جهلها أحدهما لم تصح بلا خلاف، وممن صرح به امام الحرمين والبغوى والمتولى، وهل يشترط تعيين الميقات الذى يحرم منه الاجير؟ نص الشافعى فى الام ومختصر المزنى أنه يشترط، ونص فى الاملاء أنه لا يشترط وللأصحاب أربع طرق، أصحها وبه قال أبو اسحاق المروزى والاكثرون، ووافق المصنفون على تصحيحه: فيه قولان أصحهما لا يشترط، ويحمل على ميقات تلك البلدة فى العادة الغالبة، لأن الاجارة تقع على حج شرعى، والحج الشرعى له ميقات معهود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق اليه، ولانه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر فى الشرع أو العرف، كما لو باع بثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر فى العرف، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه.

وممن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى والبندنيجى والرافعى وآخرون. والثانى: يشترط لان الاحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه

والطريق الثانى : إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يفضى إلى ميقاتين اشترط بيانه وإلا فلا .

والطريق الثالث : إن كان الاستئجار عن حى اشترط ، وإن كان عن ميت فلا لأنه قد يتعلق للحى غرض فيه وهذا الطريق هو الذى حكاه المصنف هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ ابو حامد الاسفرايينى وآخرون ، وهذا والذى قبله ليس بشىء عندهم ونقله إمام الحرمين .

والطريق الرابع : ما حكاه الدارمى من أنه يشترط قولا واحداً ، وعلى هذا إن شرطاه فأهملاه فسدت الاجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه أجرة المثل ، أما تعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف .

قالوا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان أنهما إفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض بذلك ، هذا وقد نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب : من حج عنى فله مائة درهم فحج عنه انسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الجعالة ، وللأصحاب فيها ثلاثة أوجه (أصحها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الأجير أجرة المثـل ، لأنه جعالة وليس بإجارة والجعالة تجوز على عمل مجهول فوقوعها عن معلوم أولى ، هذا وبقية مايتعلق بالإجارة عن الحج من انفراد أجير أو تعدد أجراء أو حصول الاجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط فى كتاب الحج من المجموع فاشدد به يديك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـــل) ولا تصح الاجارة الا على أجرة معلومة لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع ، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها : لأن المنافع فى الاجارة كالأعيان فى البيع ، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

(فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدرى (رض)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ولانه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع ، وان عقد بمال جزاف نظرت . فإن كان العقد على منفعة فى الذمة ففيه قولان ، لأن اجارة المنفعة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم على مال جزاف قولان . فكذلك فى الاجارة ، فإن كان العقد على منفعة معينه ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يجوز قولا واحداً ، لان اجارة العين كبيع العين ، وفى بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافا قولا واحداً ، فكذلك فى الاجارة ، ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجوز (والثانى) لا يجوز ، لانه عقد على منتظر ، وربما انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض ، فكان فى عوضه جزافا قولان كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة معينه جاز بأجرة حالة ومؤجلة ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل . فكذلك الاجارة ؛ فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف رشحه » .

ولان الاجارة كالبيع ثم فى البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين ، فكذلك فى الاجارة ، فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال ربكم عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره ولانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع . فان سلم اليه العين التى وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البدل لان المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف فى يد المشترى فان عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الاجرة لان المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشترى اذا أتلف المبيع فى يد البائع .

فإن كان هذا فى اجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل ، لأن الاجارة كالبيع

والمنفعة كالعين ، ثم البيع الفاسد كالصحيح فى استقرار البدل ، فكذلك فى الإجارة فإن كان العقد على منفعة فى الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة ، لأن إجارة ما فى الذمة كالسلم ، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل ، فكذلك الاجارة ، ولا يجوز حتى يقبض العوض فى المجلس كما لا يجوز فى السلم ، ومن أصحابنا من قال : إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض فى المجلس لأنه سلم ، وإن كان بلفظ الاجارة لم يجب لأنه إجارة والأول أظهر ، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم . ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ، ولا تستقر الأجرة فى هذه الاجارة إلا باستيفاء المنفعة ، لان المعقود عليه فى الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه .

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه رواه أحمد ولفظه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره ، وعن النجش واللمس والقاء الحجر » قال فى مجمع الزوائد: رجال أحمد رجال الصحيح الا أن ابراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب . وأخرجه أيضاً البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود فى المراسيل ، والنسائى فى الزراعة غير مرفوع ، ولفظ بعضهم « من استأجر أجيراً فليسم له أجرته » وفى هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الاجرة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة : لا يجب للعرف واستحسان المسلمين ، قال صاحب البحر : لا نسلم بل الاجماع على خلافه اهـ . ويؤيد قول المذهب القياس على ثمن المبيع .

أما حديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يقول الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة » الحديث ، فقد أخرجه أحمد والبخارى ، وأخرجه أيضاً البزار وفى اسناد البزار هشام بن زياد (أبو المقدام) وهو ضعيف قال ابن التين : هو سبحانه خصم لجميع الظالمين الا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح ، والخصم يطلق على الواحد والاثنين وعلى أكثر من ذلك .

وقال الهروى : الواحد بكسر أوله ، قال الفراء فى اطلاق الخصم على الواحد فأكثر هو قول الفصحاء ، ويجوز فى الاثنين خصمان ، قلت : استعمل القرآن

فى الاثنين خصمان فى قوله تعالى « خصمان بغى بعضنا على بعض » وهو أبلغ استعمال وأفصحه . قوله « من كنت خصمه خصمته » هذه الزيادة ليست فى صحيح البخارى ولكنه أخرجها أحمد وابن حبان وابن خزيمة والاسماعيلى ، قوله « باع حراً وأكل ثمنه » فى رواية لأبى داود « ورجل اعتبد محرره » وهو أعم فى الفعل وأخص فى المفعول .

قال الخطابى : اعتباد الحر يقع بأمرين ، أن يعتقه ثم يكتم ذلك أو يجحده ، والثانى أن يستخدمه كرها بعد العتق ، والأول أشدهما . قال فى الفتح : الأول أشد لأن فيه مع كتم الفعل أو جحده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فمن ثم كان الوعيد عليه أشد .

وفى قضاء الأجر عند توفية العمل خلاف بين العلماء فعند أبى حنيفة وأصحابه إنما تملك بالعقد فتتبعها أحكام الملك ، وعند الشافعى وأصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا فى الصحيحة ، وأما الفاسدة فقال فى البحر : لا تجب بالعقد إجماعا وتجب بالاستيفاء إجماعا .

والاجارة أصول فى أنفسها تتنوع على وجهها ، وهى كالبيوع سواء بسواء ، قال الشافعى رضى الله عنه : البيوع الصحيحة صنفان بيع عـــين يراها المشترى والبائع ، وبيع صفة مضمونة على البـائع ، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشترى ، غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشترى كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التى باعه إياها ، أو مخالفة لتلك الصفة ، لأن بيع الصفات التى تلزم المشـترى ما كان مضموناً على صاحبه ، ولا يتم البيع فى هذا حتى يرى المشـترى السلعة فيرضاها ويتفرقان بعد البيع من مقـامهما الذى رآه فيه ، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن فى سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراض ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بعينها إلى أجل من الآجال قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالأجل ويجوز فيما حل لصاحبه ، وأخذه مشتريه ولزمه بكل وجه اهـ .

ونقل السبكى فى فتاويه عن القفال قوله : أما الاجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقة بالسلم حتى يجب فيها قبض البدل فى المجلس

وقال : أما الرجـل يؤاجر نفسه فالاجارة تجوز معيناً ، وفى الذمة ، فإن أجره معينا فلا بد أن تكون المنفعة معلومة بأحـــد أمرين بتقدير العمل أو المدة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة فى الذمة يجوز حالا ومؤجلا فى الذمة كالسلم ، والسلم يجوز حالا ومؤجلا ، فكذلك الاجارة فى الذمة وإن استأجر منفعة فى الذمة وأطلق وجبت المنفعة حالة ، كما إذا أسـلم فى شىء وأطلق وجب حالا ، فان استأجر رجلا للحج فى الذمة لزمه الحج من سنته ، فإن أخره عن السنة نظرت ، فان كانت الاجارة عن حى كان له أن يفسخ ، لأن حقه تأخر ، وله فى الفسخ فائدة ، وهو أن يتصرف فى الأجرة ، فإن كانت عن ميت لم يفسخ ، لأنه لا يمكن التصرف فى الأجرة إذا فسخ العقد ، ولا بد من استئجار غيره فى السنة الثانية ، فلم يكن للفسخ وجه ، وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالا ، فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد ، وإن كان على عمل معين لم يجز إلا فى الوقت الذى يمكن الشروع فى العمل لأن إجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على مايمكن الشروع فى قبضها فكذلك الاجارة فإن استأجر من يحج لم يجز الا فى الوقت الذى يتمكن فيه من التوجه ، فإن كان فى موضع قريب لم يجز قبـل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وان كان فى موضع بعيد لا يدرك الحج الا أن يسير قبـل أشهره لم يستأجر الا فى الوقت الذى يتوجه بعده لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء ،

فإن قال أجرتك : هذه الدار شهراً لم يصح ؛ لأنه ترك تعيين المعقود عليه فى عقد شرط فيه التعيين ، فبطل كما لو قال : بعتك عبداً ، فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ثم أجرها منه الشهر الذى بعده قبل انقضاء الشهر الأول ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد ، فاشبه اذا أجرها من غيره .

(والثانى) أنه يصح ، وهو المنصوص ، لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ؛ ولأن أحد شهريه لا ينفصل عن الآخر ، فأشبه إذا جمع بينهما فى العقد .

(الشرح) قال المحاملى فى المجموع : لا يجوز أن يستأجره فى إجارة العين إلا فى الوقت الذى يتمكن فيه . وقال النووى : إن كان فى موضع قريب لم يجز استئجاره قبل أشهر الحج ؛ وإن كان فى موضع بعيد لم يستأجره إلا فى الوقت الذى يتوجه بعده لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء . وقال أبو الطيب لا يمكن إجارة إلا فى وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب . اه

ومن هنا إذا لم يشرع فى الحج فى السنة الاولى لعذر أو لغير عذر ، فإن كانت الإجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولا واحداً ، وإن كانت فى الذمة ، فإن لم تتعين السنة فهو كتعيين السنة الأولى ، وعند بعض أصحابنا يجوز التأخر عن السنة الأولى ويثبت الخيار للمستأجر ، وإن عينا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحهما :

على قولين كما لو انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل (ا) لا ينفسخ العقد وهو الاظهر (ب) ينفسخ قولا واحداً ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا .

وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر . وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين ، وقد قال إمام الحرمين : وفيما ذكروه نظر لأنه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الأجرة بالفسخ ، وهذا استدراك على المصنف بجعل للورثة الحق فى أن يبذلوا الأجرة لأجير آخر ، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالى شيخه على هذا .

وقال البغوى وآخرون بوجوب مراعاة الولى المصلحة فى ذلك ، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الاجير أو هربه وإلا تركه وضمن ، وصحح الرافعى هذا وحمل الرافعى قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة الصرف اليه .

وقال أبو إسحاق المروزى : للمستأجر أن يرفع الامر الى القاضى ليفسخ العقد

إن كانت المصلحة تقتضيه . قال الرافعي : فإن نزل ما ذكروه على المعنى الأول ارتفع الخلاف ، وإن نزل على الثانى هان أمره .

قوله « لأنه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة » قال النووى فى المنهاج : ولا تجوز اجارة عين لمنفعة مستقبلة . اه

وذلك كإجارة هذه الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من غد ، وكذا ان قال أولها من أمس ، وكإجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها الا بعد مدة لمثلها أجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف اجارة الذمة كما مر ، ولو قال ـ وقد عقد آخر النهار : أولها يوم تاريخه لم يضر لأن القرينة ظاهرة فى أن المراد باليوم الوقت أو فى التعبير باليوم عن بعضه ، ويستثنى من المنع فى المستقبلة صور ، كما لو أجره ليلا ليعمل نهاراً . وهـذا عرف شائع فى ديارنا ابـّان الحصاد وجنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الأرز وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى .

ومثله اجارة دار بغير بلد المتعاقدين ، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لأن استيفاء العقد لا يكون الا صيفا ؛ واذا لم يؤجرها فاته الانتفاع بمقصوده . فلو آجر الشهر الثانى لمستأجر الشهر الاول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز فى الاصح لاتصال المـدتين مع اتحاد المستأجر ، كما لو آجر منه السنتين فى عقد ، ولا نظر الى احتمال انفساخ العقد الاول لأن الاصل عدمه ، فان وجد ذلك لم يقدح فى الثانى .

(فرع) فى جواز الوارث ما آجره الميت من المستأجر تردد. أفاد شمس الدين الرملى أن الاقرب منه الجواز لأنه نائبه .

وقال الزركشى : انه الظاهر ، وهـذا اذا لم يحصل فصل بين السنين ، والا فلا يصح ، وهذا يشمل الطلق والوقف، نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثا فى عقد وثلاثا فى عقد آخر قبل مضى المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكى والاذرعى وغيرهما عدم صحة العقد الثانى . وان قلنا بصحة اجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعا لشرط الواقف ، لأن المدتين المتصلتين فى العقدين فى معنى العقد الواحد . وهذا بعينه

يقتضى المنع فى هـذه الصورة لوقوعه زائداً على ما شرطه الواقف ، وان خالفه ابن الاستاذ وقال : ينبغى أن يصح نظراً الى ظاهر اللفظ .

(فرع) مذهبنا أنه لا تصح اجارة المسلم للجهاد فى سبيل الله لحرب أعـداء الدين ، لأن الجهاد فرض عليه ما دام مستطيعا ، ولأنه اذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة ، ويصح الإمام أن يستأجر غير المسلمين لقتال غير المسلمين من الكفار . ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج الى نية الا الحج وتفرقة الزكاة أو تعليم قرآن ، وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنه ، وتصح الاجارة للصوم عن الميت ، وتصح لذبح الهدى والأضاحى ونحوها . ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالاذان .

قال الشربينى فى المغنى : ولا يصح الاستئجار للإمامة ولو نافلة كالتراويح لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير ، ويصح استئجار بيت ليتخذه مصلى ، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصـلاة ، أما اذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصح بلا خلاف ، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم . قال الرملى وغيره : فزيارة قبر غيره أولى . هكذا أفاده الخطيب الشربينى وشمس الدين الرملى والشبراملسى فى شروحهم لمنهاج النووى ، وعزا الرملى الى الماوردى هذا ووافقه عليه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو اكترى من رجل عقبة ليركب فى بعض الطريق دون بعض جاز . وقال المزنى : لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونا لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجز ، كما لو أكراه ظهرا فى مـدة تتأخر عن العقد ، والمذهب الاول ، لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد ، وانما يتأخر فى القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو باع من رجلين صبرة فانه يصح ، وان تأخر حق أحدهما عند القسمه ، فان كان ذلك فى طريق فيه عادة فى الركوب والنزول ، جاز العقد عليه مطلقا ، وحملا فى الركوب والنزول على العادة لأنه معلوم بالعادة ؛ لحمل الاطلاق عليه كالنقد المعروف

فى البيع ، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لأنه غير معلوم بالعادة ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه ، فان اختلفا فى البادىء فى الركوب أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا فى الملك فقدم بالقرعة .

(الشرح) التعاقب التناوب ، فينزل هـذا نوبة وهذا نوبة . وفى الحديث « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهـار » والعقب بضم العين جمع عقبة ، أى نوبة

قال الشافعى رضى الله عنه : فان تكارى منه لعبـده عقبة فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال ، أو النهار دون الليل ، أو أراد ذلك به الجمال فليس ذلك لواحد منهما ، ويركب على ما يعرف الناس العقبة ، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب ، ثم يركب بقدر ما مشى ، ولا يتابع المشى فيفدحه ولا الركوب فيضر بالبعير اه . ويفهم من كلامه أن المقصد من عقدالاجارة تحقيق المنفعة المستأجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمته .

قال النووى رضى الله عنه « ويجوز كراء العقب فى الاصح » وبيان ذلك أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبه المـالك تناوباً أو يؤجرها رجلين ليركب ذا أياماً وذا أياماً كذلك تناوبا ، أو يقول : آجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ، ويبين البعضين فى الصورتين كنصف أو ربع ما لم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة ثم يقتسمان بالتراضى ، فاذا تنازعا أيهما يبدأ أقرع بينهما ، لأنهما يملكان المنفعة معا ، ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمه .

نعم شرط الصحه فى الاولى تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقهاحينئذ بزمن مستقبل ، ومقابل الاصح فى قول النووى أوجه أصحها المنع لأنها إجارة أزمان متقطعه . وفى الروضه أنه ليس لأحـدهما أن يطلب المشى ثلاثا والركوب ثلاثا للمشقه . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ، لأن الخيار يمنع من التصرف ، فان حسب ذلك على المكرى زدنا عليه المدة ، وإن حسب على المكترى نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة فى خيار الشرط .

(والثانى) يثبت لانه قدر يسير ، ولكل واحد منهما إسقاطه ، وإن كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار (والثانى) يثبت فيه الخياران ، لان المنفعه المعينه كالعين المعينه فى البيع ، ثم العين المعينه يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعه (والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لانه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم .

وإن كانت الاجارة على منفعه فى الذمه ففيه وجهان (أحدهما) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار (والثانى) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لان الاجارة فى الذمه كالسلم ؛ وفى السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، فكذلك فى الاجارة .

(فصل) وإذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب لان الاجارة كالبيع ، ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة والله التوفيق

(الشرح) مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد . وقال أبو حنيفه : يجوز المستأجر فسخ الاجارة بالاعذار الظاهرة مع السلامه من العيوب ، ولا يجوز المؤجر أن يفسخ بالاعذار ، مثل أن يستأجر دارا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزا لمتاعه ثم يريد بيعه ، أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره . الى ما أشبه ذلك من الاعذار ، فيجعل له بها فسخ الاجارة للعذر . ألا ترى أن من استؤجر لقلع فدانين من الحطب جاز للمستأجر فسخ الاجارة للعذر الطارىء ولم يجبر على قلع فدانيه . وكذا كل عذر .

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد مالم يقم دليل بتخصيصه ، ولأن كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمهما مالم يحدث بالعوضين نقص كالبيع ، ولأن كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عذر كالزوج ، ولأن كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها فى حق المستأجر كزيادتها فى حق المؤجر ولأنه عقد إجارة فلم يجز فسخه بعذر كالمؤجر ، ولأن العقود نوعان : لازمة فلا يجوز فسخها بعذر كالبيع ، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عذر كالقراض .

فلما لم يكن عقد الاجارة ملحقاً بغير اللازم فى جواز فسخه بغير عذر وجب أن يكون ملحقاً باللازم فى إبطال فسخه بعذر .

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الاجارة ، وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً فى عقود الاجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برىء ، فالجواب عنه هو أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ، وليس يجب عليه استيفاؤها ، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ، ولا يجبر على سكناها ، فإن سكن من سكناها فلم يسكن فعليه الاجرة .

هذا أصل مقرر فى الاجارة ؛ وإذا كان كذلك — فإن كان الضرس على حال مرضه وألمه — فقلعه مباح ، وللمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء ، فإن أبى المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه . وقيل له : قد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع ، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة السكنى ، وإن برىء الضرس فى الحال قبل إمكان القلع بطلت الاجارة ، لأن قلعه قد حرم ، وعقد الاجارة إنما يتناول مباحا لا محظوراً ، فصار محل العمل معدوماً ، فلذلك بطلت الاجارة كما لو استأجر لخياطة ثوب فتلف ، إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالحظر .

فإذا تقرر أن عقد الاجارة من العقود اللازمة ، وأن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه ، وقال أبو حنيفة : يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز فى البيع لانهما معاً من عقود المعاوضات .

ودليلنا : هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولان اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس متابع للمعقود عليه مع بقاء العقد فى جميعه فلم يصح ، كمالو شرط فى ابتياع جوادين أنه إن تلف أحدهما فى يد البائع لم يبطل البيع . ولان المعقود إذا لم يبق جميعه فى مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياسا على بيع الطعام الرطب .

فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدى معاوضة . فعلى هذا إن أخرها المؤجر من غير المستأجر فى خيار المجلس صحت الاجارة الثانية وكان ذلك فسخا الاجارة الاولى . هكذا أفاده الماوردى .

وقال بعض أصحابنا : تفسخ الاجارة الأولى ولا تصح الاجارة الثانية لتقدم الفسخ . لأنه لا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيهما . ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو أن استقرار العقد الثانى يوجب فسخ العقد الاول بالتأهب الثانى . وعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت إجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه . لان خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر . وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشترى بيع مالم يقبضه

(والوجه الثانى) أن خيار المجلس لا يدخله . ويصير العقد بالبذل والقبول لازما . لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبه خيار الشرط . فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجز . ولو آجره المستأجر . فإن كان بعد القبض جاز . وان كان قبله ؟ فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز لمفارقته البيع فى الخيار ففارقه فى القبض .

(والوجه الثانى) لا يجوز لكون المنفعة مضمونه على المستأجر فأشبه ضمان

المبيع على البائع وإن فارق البيع فى حكم الخيار وهذان الوجهان فى إجارة مالم يقبض مبنى على اختلاف أصحابنا فى عقد الإجارة هل تناول الدار المؤاجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة ؟ فقال أبو إسحاق المروزى : عقد الإجارة إنما تناول الدار الموجودة ، لأن المنافع غير مخلوقة ، فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع .

(والوجه الثانى) وهو الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعه دون الرقبة لأن العوض فى مقابلتها ، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى مالم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكما ؛ وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضى المدة ، فعلى هذا تجوز إجارتها قبل قبضها .

وقال النووى : لا تنفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضاً لزراعه فزرع فهلك الزرع بجائحه فليس له الفسخ ، ولا حط شيء من الأجرة ، وتنفسخ بموت الدابه والأجير المعينين فى المستقبل لا الماضى فى الأظهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكرى ما يحتاج اليه المكترى للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التى فى أنفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس لأن التمكين عليه ولا يحصل التمكين إلا بذلك ، فان تلف شيء منه فى يد المكترى لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكرى بدله لأن التمكين مستحق عليه الى أن يستوفى المستأجر المنفعه وما يحتاج اليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكترى ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع ، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر ، فمنهم من قال : هو على المكرى لأنه من آلة التمكين ، فكان على المكرى ؛ ومنهم من قال : هو على المكترى لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه الى بعض .

﴿ فصـل ﴾ وعلى المكرى إشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده ، لأن العادة أنه يتولاه المكرى لحمل العقـد عليه ، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر ، ولا يجب ذلك للأكل وصـلاة النفل ، لأنه يمكن فعله على الظهر وعليه أن يبرك الجمل المرأة والمريض والشيخ الضعيف ، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع ، فكان عليه

فأما أجرة الدليل فينظر فيه فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فهو على المكرى لأن ذلك من مؤن التحصيل ، وإن كانت الاجارة على ظهر بعينه فهو على المكترى لأن الذى يجب على المكرى تسليم الظهر وقد فعل ؛ وعلى المكرى تسليم الدار فارغة الحش ، لأنه من مقتضى التمكين ، فإن امتلأ فى يد المكترى ففى كسحه وجهان :

(أحدهما) أنه على المكرى لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه

(والثانى) أنه على المكترى لأنه حصل بفعله فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القمامة وعلى المكرى إصلاح ما تهـدم من الدار وإبدال ما تكسر من الخشب ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه .

واختلف أصحابنا فى المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق؟ فمنهم من قال يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع ، فاستحقت بالعقد على الرضاع ومنهم من قال لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الاخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمستأجر أن يطالبها بذلك لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع ، وفى تركه إضرار بالصبى

﴿ فصل ﴾ وعلى المكرى علف الظهر وسقيه لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه ، فان هرب الجمال وترك الجمال فللمستأجر أن يرفع الامر الى الحاكم ليحكم فى مال الجمال بالعلف لأن ذلك مستحق عليه لجاز أن يتوصل بالحكم اليه فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع لأنه متطوع ، وإن رفع الأمر الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه ، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه

ثم دفعه اليه لينفق جاز ، وان لم يقبض منه ولكنه أذن له فى الإنفاق عليها قرضا على الجمال ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز لأنه اذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله فى استحقاق حق له على غيره (والثانى) يجوز لأنه موضع ضرورة ، لانه لا بد للجمال من علف وليس ههنا من ينفق غيره ، فإن أذن له وأنفق ثم اختلفا فى قدر ما أنفق فان كان ما يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت اليه لأنه ان كان كاذباً فلا حق له وان كان صادقا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى ، وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لانه مؤتمن فى الإنفاق فقبل قوله فيه ، فان لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد لم يرجع لانه متطوع . وإن أشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يرجع لانه يثبت حقا لنفسه على غيره من غير اذن ولا حاكم .

(والثانى) يرجع لانه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل اليه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ؛ فان لم يجد من يشهد أنفق . وفى الرجوع وجهان (أحدهما) لا يرجع ، لما ذكرناه فيه إذا أشهد ؛ (والثانى) يرجع ، لان ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن فى الانفاق .

(الشرح) قوله « برة » محذوفة اللام ، هى حلقة تجعل فى أنف البعير تكون من النحاس ونحوه ؛ وأبريت البعير جعلت له برة ، وقوله « القماش » وهو ما على وجه الارض من فتات الاشياء ، حتى يقال لرذالة الناس قماش . وما أعطانى إلا قماشاً ، أى أردأ ما وجده ، أفاده فى القاموس .

وقوله فى ترجمة الباب « ما يلزم المتكاريين » أى ما يتعين لدفع الخيار ، فعلى المكرى تسليم مفتاح ضبة الدار الى المكترى لتوقف الانتفاع عليه ، وهو أمانة بيده ، فلو تلف ولو بتقصير فعلى المكرى تجديده ، فان امتنع لم يجبر ولم يأثم وينبنى على ذلك سؤال :

هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ فى هذه الصورة نظر وقد تتوجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب ، كأن أمكن التسلق من الجدار ، وعلى القول

بالصحه هل يثبت الخيار للجاهل ، كأن رآها قبل سد بابها ثم استأجرها اعتماداً على الرؤية السابقه ؟ قلنا يثبت له الخيار وجها واحداً .

فأما القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه منقول وليس بتابع ، كما أن عليه من أسباب التمكين مبنيا على أصل المذهب إضاءة المدخل واستكمال المرافق الصحيه ، فإن لم يفعل لم يجبر ، وكان المكترى بالخيار والمستأجر عليه كنس السلم والفناء لأن ذلك ميسور له .

قال الشافعي رضى الله عنه فى كراء الابل والدواب من الام : وعلى المكرى أن يركب المرأة البعير باركاً وتنزل عنه باركا ، لأن ذلك ركوب للنساء . اما الرجال فيركبون على الأغلب من ركوب الناس ، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصليها غير معجل له ولما لا بد له منه كالوضوء ، وليس عليه أن ينتظره لغير ما لا بد له منه . قال وليس للجمال إذا كانت القرى هى المنازل أن يتعداها إن أراد الكلأ ، ولا للمكترى إذا أراد عزلة الناس ، وكذلك إن اختلفا فى الساعه التى يسيران فيها ، فان أراد الجمال أو المكترى ذلك فى حر شديد نظر إلى مسير الناس بقدر المرحلة التى يريدان

وقال الشافعى رضى الله عنه : وعلف الدواب والابل على الجمال أو مالك الدواب ، فان تغيب واحد منهما فعلف المكترى فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك الى السلطان ، وينبغى للسلطان أن يوكل رجلا من أهل الرفقه بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابه والابل ، وإن ضاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب . فان قال قائل : يأمر الراكب أن يعلف لأن من حقه الركوب والركوب لا يصلح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب الدابه ، وهذا موضع ضرورة ، ولا يوجد فيه الا هذا ، لأنه لا بد من العلف والا تلفت الدابه ولم يستوف المكترى الركوب كان مذهبا

ثم قال الشافعى رضى الله عنه : وفى هذا أن المكترى يكون أمين نفسه ، وأن رب الدابه إن قال لم يعلفها الا بكذا ، وقال الامين : علفتها بكذا لأكثر ،

فإن قبل قول رب الدابة فى ماله سقط كثير من حق العالف ، وإن قبل قول المكترى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره ، وإن نظر إلى علف مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكترى من أن يكون القول قولهما ، وقد ترد أشباه من هذا فى الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس ، وأن القياس ضعيف ، وقد ذكر فى غير هذا الموضع ؛ ويقولون : يقضى بين النـاس بأقرب الأمور فى العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدما من حكم يتبعه .

قال الشـافعى رضى الله عنه : فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره الرأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا فى بعض أقاويلهم ، وإن لم يجز فقد يترك أهل القيـــاس القياس ، والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلأت حشوشها فالذى عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غـير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين . قال المـاوردى : والذى عندى وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر ، لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كـذلك انطمام الآبار ، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه ، ولو امتنع المؤجر ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه ، وكان المستأجر بالخيار ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا فى رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة ، فمنهم من قال : لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى إمساكها ، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها ، فإن قلنـا : لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة ، وان قلنا : يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية .

﴿ فصل ﴾ وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، لأن إطلاق العقد يقتضى المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فإن استأجر داراً للسكنى

جاز أن يطرح فيها المتاع ، لأن ذلك متعارف فى السكنى ، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح فى أصول حيطانها الرماد والتراب ، لأن ذلك غير متعارف فى السكنى ، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع اليه الفساد ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك .

(والثانى) يجوز ، وهو الأظهر ؛ لأن طرح ما يسرع اليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف فى سكنى الدار ، فلم يجز المنع منه ، وإن اكترى قيصاً للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل ، ويجوز بالنهار ، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار .

وإن استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقيا ولا منكبا : لأن ذلك هو المتعارف ، وإن كان فى طريق العادة فيه السير فى أحد الزمانين من ليل أو نهار لم يسر فى الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف ، وان اكترى ظهراً فى طريق العادة فيه النزول للرواح ففيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه النزول ، لان ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط .

(والثانى) لا يلزمه ، لانه عقد على الركوب فى جميع الطريق فلا يلزمه تركه فى بعضه ، فإن اكترى ظهراً الى مكة لم يجز أن يحج عليه ، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه ، وإن اكتراه للحج عليه ، فله أن يركبه إلى منى ثم الى عرفة ثم الى المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة ، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً الى منى للمبيت والرمى ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه من تمام الحج (والثانى) ليس له لأنه قد حل من الحج .

(الشرح) قد عرفنا مما سبق من الشواهد والادله والنصوص أن عقد الإجارة يصح على العين مدة تبقى بصفاتها غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة .

قال البغوى : الا أن الحكام اصطلحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف . قال السبكى : ولعل سببه أن اجارة الوقف

تحتاج الى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب . والمستأجر فى اجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد أمانة فيأتى فيه مامر فى الوديع مدة الاجارة ان قدرت بزمن ، أو مدة امكان استيفاء المنفعة ان قدرت بمحل عمل لعدم امكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده ، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة لجاز له استيفاؤها حيث شاء ، وظاهره عدم الفرق بين اجارة العين وهو ظاهر ، والذمة وهو محتمل ، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذاً مما مر فى الوديعة .

ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لان العين أمانة فى يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة الى مكة فتذهب من المكترى بسرق أو ذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن . اه

فإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد فى قول غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع ، وفارق العارية فإنه عليه أن يردها من حيث أخذها ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعه وفارق العاريه فإن ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانه كالوديعه ؛ ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه .

والقول الآخر : يضمن اذا انتهت مدة الإجارة لانه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى امساكها أشبه العاريه المؤقته بعد وقتها ، فإن ضمن المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الاجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

وروى عن ابن عمر أنه قال : لا يصلح الكراء بالضمان . وعن فقهاء المدينه أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، الا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شىء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن ، وأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان

فيه ، وإن شرطه لم يصح الشرط لأن مالا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه .

فأما إن أكراه عيناً وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها ؟ أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض فخالف ضمن لأنه متعد لشرط كرائه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً فحمل قفيزين ، فإذا كانت العين داراً فلا يصح أن يقتني فيها ما يؤدي إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذي جعل بعض الأصحاب يمنع أن يكون في متاعه بعض المأكولات التي تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من احداث شقوق في جدار البيت ، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل مأكولات الإنسان تغري الفيران وتجتذبها اليها ولذا فقد عفي في الأصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه .

(فرع) يشترط في اجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير كل يوم وكونه ليلا أو نهاراً والنزول في عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصاً منه لخوف لحوق ضرر منه ولو كان ظنا جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والإياب فإنه لا تحسب عليه مدة اقامتها لخوف الا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة ، فينزل عليها ، فإن لم تنضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، والا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، وحينئذ يتعذر الاستئجار في طريق مخوفة لا منازل فيها

(فرع) من اكترى مطية ليحج عليها فله الركوب عليها الى مكة ومن مكة الى عرفة والخروج عليها الى منى لأنه من تمام الحج ، وقيل ليس له الركوب الى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ؛ ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » ومن اكتري الى مكة فقط فليس له الركوب

الى الحج لانها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لان الكراء الى مكة عبارة عن الكراء الى الحج لكونها لا يكترى اليها الا للحج غالباً فكان بمنزلة المكترى للحج ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه .

قال الشافعى رضى الله عنه : واذا تكارى رجل محملا من المدينة الى مكة فشرط سيراً معلوما فهو أصح ، وان لم يشترط فالذى أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزمان المراحل لانها الاغلب من سير الناس ، فإن قال قائل كيف لا يفسد فى هذا الكراء والسير يختلف ؟ قيل : ليس للافساد ههنا موضع ، فان قال : فبأى شىء قسته ، قيل : بنقد البلد ، البلد له نقد وصنج وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالدراهم ولا يشترط نقدا بعينه ، ولا يفسد البيع ، ويكون له الاغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اه .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ فان اكترى ليحمل له أرطالا من الزاد فهل له أن يبدل ما يأكله فيه قولان .

(أحدهما) له أن يبدل وهو اختيار المزنى كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء (والثانى) ليس له أن يبدله ، لأن العادة أن الزاد يشترى موضعاً واحدا بخلاف الماء قال أبو اسحاق : هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد فى المنازل ، فأما اذا كانت قيمته تختلف فى المنازل جاز له أن يبدله قولا واحدا لان له غرضا أن لا يشترى موضعاً واحداً .

﴿ فصل ﴾ وان اكترى ظهرا فله أن يضربه ويكبحه باللجام ويركضه بالرجل للاستصلاح لما روى جابر قال : سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منى بعيرا وحملنى عليه الى المدينة ، وكان يسوقه وأنا راكبه وأنه ليضربه بالعصا ولا يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك لجاز له فعله .

﴿ فصل ﴾ وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها فى الضرر ولا يملك أن يستوفى ما فوقها فى الضرر ، فإن اكترى ظهراً ليركبه فى طريق فله أن يركبه فى مثله وما دونه فى الخشونة ولا يركبه فيما هو أخشن منه ،

فإن استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة فله أن يزرع مثلها وما دونها فى الضرر ولا يزرع ما فوقها ، لأن فى مثلها يستوفى قدر حقه وفيما دونها يستوفى بعض حقه ، وفيما فوقها يستوفى أكثر من حقه : فان اكترى ظهرا ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد لانه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله ، فان اكتراه للحديد لم يحمل عليه القطن لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر ، فان اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عريا لأن ركوبه عريا أضر ، فان اكتراه عريا لم يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، فان اكترى ظهرا ليركبه لم يجز أن يحمل عليه المتاع لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه ، فان اكتراه لحمل المتاع لم يجز أن يركبه لان الراكب أشد على الظهر لانه يقعد فى موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبيه ، فان اكترى قميصا للبس لم يجز أن يتزر به ، لأن الاتزار أضر من اللبس ، لأنه يعتمد فيه على طاقين وفى اللبس يعتمد فيه على طاق واحد ، وهل له أن يرتدى به فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه أخف من اللبس

(والثانى) لا يجوز لانه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار

(فصل) وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره ، فان اكترى داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله ومن هو دونه فى الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، فان اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه فى الفصل قبله .

(الشرح) حديث جابر رواه البخارى ومسلم بلفظ « أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه ، قال : ولحقنى النبى صلى الله عليه وسلم فدعا لى وضربه فسار سيرا لم يسر مثله فقال : بعنيه ، فقلت لا ، ثم قال : بعنيه فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلى » وفى لفظ لأحمد والبخارى « وشرطت ظهره الى المدينة » وتمام الحديث فى الصحيحين « فلما بلغت أتيته فنقدنى ثمنه ثم رجعت فأرسل فى أثرى فقال : أترانى ماكستك لا آخذ جملك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك »

أما أحكام هذه الطائفة من الفصول فانه إذا اكترى دابة فى الذمة فانه لاخيار

فى عقدها إذا وجد بالدابة عيبا ، لأن المعقود عليه فى الذمة بصفة السلامة ، والمعقود عليه هنا غير سليم ، فاذا لم يرض به رجع إلى ما فى الذمة ، ولو عجز عن الابدال ثبت للمستأجر الخيار ، كما ذكر ذلك الأذرعى ، ويختص المكترى بما تسلمه فله إيجار ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء . فاذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فانه يلزم ثبوته للطعام المحمول ليؤكل فى الطريق إذا لم يتعرض فى العقد لابداله ولا لعدمه فانه يبدل إذا أكل فى الأظهر عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا . وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل لعدم اطرادها .

(والثانى) لا ، لأن العادة عدم الابدال للزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل جزما .

نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الشرط ، ولو شرط قدراً فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكى أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعا للشرط ، ويحتمل أن له ذلك للعرف ، لأنه لم يصرح بحمل الجميع فى جميع الطريق . قال : وهو الذى اليه نميل . وخرج ببعض الفقهاء ما يحمل مما يؤكل ، وما حمل فتلف قبل الوصول فانه يبدل قطعا .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اختلفا فى الرحله رحل لا مكبوبا ولا مستلقيا ، وان انكسر المحمل أو الظل أبدل محملا مثله أو ظلا مثله ، وإن اختلفا فى الزاد الذى ينفد بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه فالقياس أن يبدل له حتى يستوفى الوزن — وقال : ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلا ولا يبدل مكانه كان مذهبا — والله تعالى أعلم — من مذاهب الناس .

(فرع) يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، ويكبحها باللجام وحثها على السير بحسب طبيعتها ، فان كانت من النوع الذى قال فيه علقمة : فأدركها ثانيا من عنانه يمر كمر الرائح المتحلب

فليس له أن يضربها لادراكها المقصود مع راحة الراكب فى سرعتها

وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرىء القيس :

فللساق ألهوب وللسوط درة ... وللزجر منه وقع أهوج منعب

إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منعب ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه ، وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه .
قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابه فضربها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سئل أهل العلم بالركوب ، فان كان فعل من ذلك ما تفعل العامه فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقه ولا شيء عليه ، وان فعل ذلك عند الحاجه اليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله فى الموضع الذى لا يفعل فى مثله ضمن فى كل حال من قبل أن هذا تعد ، والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمنه ، فان أراد صاحبه أن يضمنه العاريه فهو ضامن تعد أو لم يتعد .

وأما الرائض فان من شأن الرُّواض الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير ، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعل الركاب غيرهم ، فاذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضه إصلاحا وتأديبا للدابه بلا إعناف بيّن لم يضمن إن عيّبت ، وان فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابه هكذا كالمكترى فى ركوبها إذا تعدى ضمن ، واذا لم يتعد لم يضمن ثم قال : والذى نأخذ به فى المستعير أنه يضمن تعدى أو لم يتعد ، لحديث النبى صلى الله عليه وسلم «العاريه مضمونه مؤداة» وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم اه

هذا وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب . وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه . ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف . وبهذا فى الدابه قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفه : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر . وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبى لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

(فرع) إذا اكترى دابه الى مسافه فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع

ولأنه متعد فلرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق . وإن اكترى لحمل القطن فحمل بوزنه حديدا أو حديدا فحمل بوزنه قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه ، فإذا أكراه لحمل قفيزين فحملها فوجدها ثلاثة ، فان كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه . فلو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيراً أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلها فى محل واحد ، وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر ، فضررهما مختلف ، وكذا كل مختلفى الضرر كما قلنا فى الحديد والقطن .

فلو اكترى لعشرة أقفزة شعير فحمل عشرة أقفزة حنطة لأنها أثقل دون عكسه بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيرا من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلها مع كون الشعير أخف ؛ فلو اكترى لحمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة لتعديه ، وإن تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن صاحبها معها لكونه غاصبا لها بحمل الزيادة .

فإن كان صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان جناية لا سيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لاختصاص يده بها ، ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها فى يد مالكها ، وفى قول يضمن نصف القيمة توزيعا على الرءوس .

ولو سلم المائة والعشرة الى المؤجر فحملها جاهلا بالزيادة ، كأن قال له : مائة فصدقه ضمن المكترى القسط وأجرة الزيادة على المذهب إذ المكرى لجهله صار كالآلة بتأثير تدليس المكترى .

والطريق الثانى أنه على القولين فى تعارض الغرر والمباشرة ، فإن كان عالما كأن وزن المؤجر وحمل ؛ أو رأى المكترى يكيل ويحمل ، أو أعلمه المكترى بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان ان تلفت ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . إلا أنهم اختلفوا فى أجر القدر الزائد على العقد

على وجهين (أحدها) لا أجر له كمذهبنا (والثانى) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة لجرى مجرى المعاطاة فى البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره . قالوا وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد . وإن أمره ففى وجوب الاجر وجهان عندهم .

(فرع) قال النووى (رض) : وللمكترى استيفاء المنفعه بنفسه وبغيره . قلت : وينبغى أن يكون غيره أمينا ، فلو شرط المكرى استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد ، لأن المكترى يملك المنفعه فلا ينازعه فيها المكرى ، ومثله كمثل من يشترط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه . وله أن يركب ويسكن من هو مثله فى الضرر اللاحق بالعين ودونه بالاولى، لأن ذلك استيفاء للمنفعه المستحقه من غير زيادة ، ولا يسكن حدادا ولا قصارا لما يحدثه القصار من الدق والازعاج وتأثير الدق فى المبنى والازعاج للجار .

قال الرملى : إلا اذا قال: لتسكن من شئت كازرع ماشئت ، ونظر فيه الاذرعى فقال ان مثل ذلك يقصد به التوسعه دون الاذن فى الاضرار . وقد رد الرملى بأن الاصل خلافه ، كما لا يجوز ابدال ركوب بحمل ويجوز عكسه ، وان قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر . و بهذا قال أحمد وأصحاب الرأى

قال الشافعى مقررا : وهم يزعمون أن رجلا لو تكارى من رجل بيتا لم يكن له أن يعمل فيه رحى ولا قصارة ولا عمل حدادين لأن هذا مضر بالبناء ، فإن عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت . وان سلم البيت فله أجره . ويزعمون أن من تكارى قميصا فليس له أن يأتزر به ، لان القميص لا يلبس هكذا ، فان فعل فتخرق ضمن قيمة القميص ، وان سلم كان له أجره ، ويزعمون أنه لو تكارى قبة لينصبها فنصبها فى شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها . فإن عطبت ضمن وان سلمت فعليه أجرها مع أشياء من هذا الضرب يكتفى بأقلها حتى يستدل على أنهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضت به الآثار ، ومما فيه صلاح الناس . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفى مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الاجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت (والثانى) أن الإجارة جائزة ، والشرط باطل ؛ لأنه شرط لا يؤثر فى حق المؤجر ، فألغى وبقى العقد على مقتضاه (والثالث) أن الإجارة جائزة والشرط لازم ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

(فصل) وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لأن الإجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر . ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض (والثانى) يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين . فلم يؤثر فيها قبض العين (والثالث) أنه يجوز إجارتها من المؤجر لأنها فى قبضته . ولا يجوز من غيره لأنها ليست فى قبضته . ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر لأنا بينا أن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ، فكذلك الاجارة .

(فصل) وإن استأجر عيناً لمنفعة فاستوفى أكثر منها — فإن كانت زيادة تتميز — بأن اكترى ظهراً ليركبه الى مكان فجاوز أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها ، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزاً ، فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها دخنا ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فذهب المزنى وأبو إسحاق إلى أن المسألة على قولين .

(أحدهما) يلزمه أجرة المثل للجميع ، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره ، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضا للزراعة فزرع أرضا أخرى .

(والثانى) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة ، لأنه استوفى ما استحقه وزيادة ، فأشبه إذا استأجر ظهراً إلى موضع فجاوزه ، وذهب القاضى أبو حامد المروروذى إلى أن المسألة على قول واحد ، وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة ؛ وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع ، لأنه أخذ شبهاً من استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه ، وشبها ممن اكترى أرضاً للزرع فزرع غيرها ، فخير بين الحكمين .

(فصل) وإن أجره عينا ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها .

(الشرح) إذا اشترط ألا يستوفى فى المنفعة مثلها أو ما دونها أو اشترط أن لا يستوفيها بمثله أو من هو دونه ، فعلى ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الاجارة باطله لاشتراط ماينافى موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمراً كأن قال : أتكارى منك محملا أو زاملة على المنصوص فى الأم ، فإن هذا الشرط يبطل العقد ، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فما دونها بكذا فان هذا البيع باطــل ، لأنه ينافى موجب العقد الذى يوجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه . والشرط ينافى ذلك فكان باطلا .

والوجه الثانى : أن الاجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر فى حق المستأجر من استيفاء المنفعة . وفارق البيع . لأن البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة ، وبهذا قال أحمد ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

والوجه الثالث : صحة الشرط وصحة العقد لأن المستأجر يملك المنفعة من قبل المؤجر فليس للمستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فلزمه الشرط وصحت الاجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب ، ونصه فى الأم على ما سيأتى .

(فرع) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها إذا قبضها ؛ ونص أحمد على ذلك ، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة

وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وذكر القاضي من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن ، والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولأنه عقد على مالم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والأول أصح ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها لجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ، وقياس الرواية الأخرى باطل على هذا الأصل .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما مضى فأما اجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجوه الثلاثة عندنا وأحد الوجهين عند الحنابلة ، وهو قول أبي حنيفة ، لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان .

والوجه الثاني : يجوز ، لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه : فلم يقف جواز التصرف عليه ، وأما إجارتها قبل القبض من المؤجر ـ وهو الوجه الثالث عندنا وهو قول عند الحنابلة ـ فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان أحدهما : لا يجوز لانه عقد عليها قبل قبضها ، والثاني : يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبي . وأصلهما : بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة ، وبهذا قال أحمد والشافعي رضي الله عنه . وقال أبو حنيفه لا يجوز لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لان التسليم مستحق على الكراء ، فإذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .

دليلنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع وما ذكروه لا يصح لان التسليم قد حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين ، فاذا اشتراها استحق تسليمها ، فان قيل : التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر ، فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لانها بسبب كان في ضمانه .

(فرع) ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة ؛ وهذا قول أحمد والشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهري . وفي رواية لأحمد : إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة ، وروى هذا عن الشعبي والثوري وأبو حنيفة لأنه ربح فيما لم يضمن .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا أذن له فيها المالك جاز ، وإذا لم يأذن لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقاً لدخولها فيما لم يضمن . دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه .

وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه . فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح ، وههنا جائز في الجملة . وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها ، فان ذلك يزيد في أجرها في العادة .

(فرع) كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى تلك المنفعة وما دونها في الضرر . هذا ما سبق أن بيناه ، وبه قال أحمد . ولا نعرف في ذلك مخالفا ، ومتى فعل ما ليس له كان ضامناً ، وقد ضرب المصنف مثلا بالأرض يستأجرها ليزرعها حنطة فزرعها دخنا . قال الماوردي في الحاوي الكبير[1] بعد أن أورد قول الشافعي رضى الله عنه في الأم : ولو اكتراها ليزرعها قمحا فله أن يزرعها مالا يضر بالأرض إضرار القمح ، وهذا كما قال : إذا استأجر أرضا ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، وليس له

---

(١) الحاوي الكبير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة وعشرين مجلداً ومن نوعها المجلد الاول في دار الكتب الازهرية والحاوي الصغير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة عشر مجلداً . على أن نقولنا التي اعتمدناها هنا في التكملة هذه من الحاوي الكبير .

أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة . وقال داود بن علي : لا يجوز اذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة ، وان كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالا بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » فلم يجز العدول عما تضمنه العقد قال : ولأنه لما لم يجز اذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وان كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد ، كذلك فى اجارة الارض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطه .

ودليلنا أن ذكر الحنطه فى اجارة الارض انما هو لتقدير المنفعه به لا لتعيين استيفائه ، ألا تراه لو تسلم الارض ولم يزرعها لزمته الاجرة ، فاذا ثبت أن ذكر الحنطه لتقدير المنفعه فهو اذا استوفى المنفعه فقدرت به فى العقد وبغيره جاز ، كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطه فحمل قفيزا غيره ، وكما لو استأجر ليزرع حنطه بعينها فزرع غيرها ، ولأن عقد الاجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر ومنفعه يملكها المستأجر . فلما جاز للمؤجر أن يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعه كيف شاء بزرعها الحنطه وغير الحنطه ، وباعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها .

فأما استدلاله بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » فمثل الحنطه ما يتضمنه العقد بما دللنا . وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا فى الاجارة ، فهو أن الفرق بينهما فى التعيين متفق عليه ، لأن الدراهم تتعين بالعقـــد حتى لا يجوز العدول الى جنسها والحنطه لا تتعين فى عقد الاجارة وانما الخلاف فى تعيين جنسها لاقراره لو استأجرها لزرع حنطه بعينها جاز له العـدول الى غيرها من الحنطه ، فكذلك يجوز أن يعدل الى غير الحنطه . اه

فاذا تقرر هذا لم يخل حال المستأجر ليزرع الارض حنطه من ثلاثة أقسام :

١ ـ أن يستأجرها لزرع الحنطه وما أشبهها ، فيجوز له مع موافقة داود أن يزرعها الحنطه وغير الحنطه مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطه أو أقل ، الا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيدا

٢ ـ أن يستأجرها لزرع الحنطه ويغفل ذكر ما سوى الحنطه مما ضرره أكثر من الحنطه أو أقل ،

٣ ـ أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبى هريرة (أحدها) أن الإجارة باطلة (والثانى) أن الاجارة جائزة والشرط باطل ، وله أن يزرعها الحنطه وغير الحنطه لأنه لا يؤثر فى حق المؤجر ما يفى (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم ، وليس له أن يزرعها غير الحنطة لأن منافع الاجارة إنما تملك بالعقد على ما سمى فيه ، ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع . قال الشافعى : وإن كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له ، فإن فعل فهو متعد ورب الأرض بالخيار ان شاء أخذ الكراء ومانقص الارض على ماينقصها زرع القمح وبأخذ منه كراء مثلها . قال المزنى : يشبه أن يكون قوله الاول أولى ، لأنه أخذ ما كرى وزاد على المكرى ضررا ، كرجل اكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل سقفه فجعل فيه أكثر .

اذا عرف هذا فانه اذا استأجر أرضا لزرع حنطة لم يكن له أن يزرعها ولا أن يغرسها ما هو أكثر ضرراً منها لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب ، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الارض حتى يضمن قيمتها ان غصبت أو تلفت بسيل ، على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى حامد الاسفرايينى أنه يضمنها لأنه قد صار بالعدول عما استحقه غاصبا . والغاصب ضامن

(والثانى) وهو الاصح ، أنه لا يضمن رقبة الارض لأن تعديه فى المنفعة لا فى الرقبة ، فإن تمادى الامر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالاجرة فالذى نص عليه الشافعى أن رب الارض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض وبين أن يأخذ أجرة المثل ، فاختلف أصحابنا ، فكان المزنى وأبو اسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة يخرجون تخيير الشافعى على قولين (أحدهما) أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدى الزارع بعدوله عن الحنطة الى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الارض الى غيرها ، فلما كان بعدوله عن الارض الى غيرها ملتزما لاجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله الى غير الحنطة .

والقول الثانى : أنه يرجع بالمسمى من الاجرة ، وينقص الضرر الزائد على

الحنطه لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد ؛ فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينه فتجاوز به الى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل فى الزيادة. وقال الربيع وأبو العباس ابن سريج وأبو حامد المروروذى : إن المسألة على قول واحد ، وليس التخيير فيه اختلافاً للقول فيها ، فيكون رب الارض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الارض بالزيادة كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيراً به بين المقام أو الفسخ فأما المزنى فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض . وتابعه أبو اسحاق المروزى واستدلا بمسألتين :

(إحداهما) أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل الى غيرها فهذا أمر ينظر ، فان استأجر أسفل البيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلا ، أو عدل عن الحديد الى القطن فلا ضمان عليه ، لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول عن الجنس ، وان كان علو البيت تكون فيه الحمولة على سقفه ، فإن كانت الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلا فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الاجرة وأجرة مثل الزيادة .

وان كان قد استأجر لمائة رطل قطنا فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز ، لان القطن يتفرق على السقف والحديد يجتمع فى موضع منه ، فكان أضر فيكون رجوع المؤجر على ماذكرنا من اختلاف أصحابنا فى القولين .

والمسألة الثانية من دليل المزنى على اختيار أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رحى ، فهذه زيادة ضرر لا تتميز ، فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا فى القولين . قال الماوردى : ليس للمزنى من دليل فيها استشهد به من مذهب ولا حجاج .

(فرع) قوله : وان أجره عينا ثم أراد أن يبدلها الخ . قال الشافعى فى الام : واذا تكارى ابلا بأعيانها ركبها ، قال وان تكارى حمولة ولم يذكر بأعيانها وركب ما يحمله ، فان حمله على بعير غليظ فان كان ذلك ضررا متفاحشا أمر أن يبدله ، وان كان شبيها بما يركب الناس لم يجبر على ابداله . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة فأراد أن يزرع مالا يستحصد فى تلك المدة ، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز ، والمؤجر أن يمنعه من زراعته فإن بادر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ، ويحتمل عندى أنه لا يجوز منعه من الزراعة ؛ لأنه يستحق الزراعـة إلى أن تنقضى المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة ، ولأنه لا خـلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله ، فلا يجوز منعه من زراعته .

(فصـل) وإن اكترى أرضاً مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معـين ، فان كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت ، فان كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد فى تلك المدة أو صنفا يستحصد فى المدة إلا أنه أخر زراعته ، فللمكرى أن يأخذه بنقله ، لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليهـا لتفريط المكترى ، فان لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان .

(أحدهما) يجبر على نقله ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة فى مدة الاجارة ، فاذا لم يفعل لم يلزم المكرى أن يستدرك له ما تركه .

(والثانى) لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه تأخر من غير تفريط منه ، فان قلنا يجبر على نقله وتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز ، لأن النقل لحق المكرى وقد رضى بتركه ، وإن قلنـا : لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لانه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمؤجر فى تفويت منفعة أرضه .

فان كان لزرع معين لا يستحصد فى المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت فان شرط عليه القلع فالاجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة ويجبر على قلعه لانه دخل على هذا الشرط ، فان تراضيا على تركه باجاره أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن شرط التبقية بعد المدة فالاجارة باطلة لأنه شرط ينافى مقتضى العقد فأبطله فان لم يزرع كان لصاحب الارض أن يمنعه من الزراعة لانها زراعة فى عقد باطل

فان بادر وزرع لم يجبر على القلع ، لأنه زرع مأذون فيه ، وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض باجارة فاسدة ، فان أطلق العقد ولم يشرط التبقية ولا القلع ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : أنه يجبر على قلعه لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزرع المطلق .

(والثانى) لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد ، فلزمه الصبر عليه ، كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الادراك ويخالف هذا إذا اكترى لزرع مطلق ، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد فى المدة ، فاذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه ، وههنا هو زرع معنى علم المكرى أنه لا يستحصد فى تلك المدة ، فاذا قلنا : يجبر فتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه ، وإن قلنا : لا يجبر لزمه المسمى للمدة ، وأجرة المثل للزيادة ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى فى نقل زرعه لا يجوز الاضرار بالمكرى فى إبطال منفعة أرضه .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكاراها سنة فزرعها فانقضت السنة والزرع فيها لم يبلغ أن يحصد — فان كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصد قبلها فالكراء جائز ، وليس لرب الأرض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الأرض إلا أن يشاء رب الأرض تركه ، وإذا شرط أن يزرعها صنفاً من الزرع يستحصد أو يستقصل قبل السنة فأخره إلى وقت من السنة فانقضت السنة قبل بلوغه فكذلك أيضاً ، وإن تكارى مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئا بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد فى مثل هذه المدة تكاراها فالكراء فاسد من قبل أن أثبت بينهما شرطهما ولم أثبت على رب الأرض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد ، وإن أثبتت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الارض فكان هذا كراء فاسداً ولرب الأرض كراء مثل أرضه اذا زرع ، وعليه تركه حتى يستحصد .

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضا مدة معلومة ليزرعها موصوفا فزرعها، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أحوال (احداها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد فى مثلها (والثانية) أن يعلم أنه لا يستحق فى مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه، فأما الأولى فلا تخلو من ثلاثة أقسام.

(أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجنس الذى شرطه الى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها برا فتنقضى المدة، والبر غير مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده، لانه بعدوله عن الباقلا الى البر يصير متعديا فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه، فان تراضى المؤجر والمستأجر على تركه الى أوان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر، وان رضى المستأجر وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع.

(والقسم الثانى) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه فهذا مفرط ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يلزم غيره، فان بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك والا قلع.

(والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لأمر سماوى من طول برد أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام ثلج ففيه وجهان. أحدهما: يترك الى وقت استحصاده لانه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفريط، فاذا ترك الى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده. والوجه الثانى: أن يؤخذ بقلعه ولا يترك لانه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه فى استزادة المدة خوفا مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفرطا.

أما الحال الثانية: وهو أن يعلم بجارى العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد فى مثل تلك المدة، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها برا أو شعيرا فهذا اما:

(ا) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة، فهذه اجارة جائزة، لانه قد يريد زرعه قصيلا ولا يريده حبا، فاذا انقضت المدة أخذ بقلع زرعه وقطعه.

(ب) أن يشترط تركه الى وقت حصاده فهذا اجارة فاسدة، لان اشتراط

استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافى موجبها فبطلت ، ثم للزارع استيفاء زرعه وقت حصاده ؛ وإن بطلت الإجارة ، ولا يؤخذ بقلع زرعه لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل ، والفرق بين هذه المسألة فى استيفاء الزرع مع فساد الإجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأحوال والأقسام مع صحة الاجارة أن الاجارة إذا بطلت روعى الاذن دون المدة ، وإذا صحت روعيت المدة

(ج) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركا فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضى القلع أو الترك ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أنه يقتضى القلع اعتباراً بموجب العقد ؛ فعلى هذا الاجارة صحيحة ، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضى المدة (والثانى) وهو ظاهر كلام الشافعى أن الاطلاق يقتضى الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه ، كما أن مالم يبد صلاحه من الثمار يقتضى إطلاق بيعه الترك إلى وقت الجداد اعتباراً بالعرف فيه ، فعلى هذا تكون الاجارة فاسدة ، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده ، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك .

الحال الثالثة : وهو أن يقع الشك فى المدة هل يستحصد الزرع فيها ؟ كأن استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير ، فقد يجوز أن يستحصد الزرع فى هذه المدة فى بعض البلاد وبعض السنين ، ويجوز أن لا يستحصد فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه ، على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين هكذا أفاده الماوردى ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اكترى أرضا للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها ، لأن العقد يقتضى الغرس فى المدة فلم يملك بعدها ؛ فإن غرس فى المدة وانقضت المدة نظرت ، فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط ، لأن الذى يقتضيه العقد هو الغراس فى المدة ، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك ، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة ، والتبقية بعد

المدة من مقتضى الاذن لا من مقتضى العقد ، فلم يبطل العقد بإسقاطها ، فإذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض لأنه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر ، فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع ، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعا وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على حسب العادة فى نقل مثله ، والعادة فى الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع .

فإن اختار المكترى القلع نظرت ، فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان أحدهما : يلزمه تسوية الأرض ، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه ، فلزمه تسوية الأرض ، والثانى : لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجها واحداً لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا يد ، فان اختار التبقية نظرت ، فان أراد صاحب الأرض أن يدفع اليه قيمة الغراس ويتملكه أجبر المكترى على ذلك لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة ، فان أراد أن يقلعه نظرت ، فان كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكترى على القلع ، لأنه لا ضرر عليه فى القلع ، فان كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع ، فان ضمن له أرش مانقص بالقلع أجبر عليه ، لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش ، فان أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكترى .

وقال المزنى : يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه ، وهذا خطأ ، لأن فى قلع ذلك من غير ضمان الارش إضراراً بالمكترى ، والضرر لا يزال بالضرر .

فان اختار أن يقر الغراس فى الارض ويطالب المكترى بأجرة المثل أجبر المكترى ، لانه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان ، لا يجوز الاضرار بالمكرى بابطال منفعة الارض عليه من غير أجرة ، فان أراد المكترى أن يبيع الغراس من المكرى جاز ، وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان ، وقد بيناهما فى كتاب العارية ، فان اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز ، لان إطلاق

العقد يقتضى التبقية فلا يبطل بشرطها ، والحكم فى القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه اذا أطلق العقد .

﴿ فصـــل ﴾ فإن اكترى أرضا بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها فى القلع والاقرار على ما بيناه فى الاجارة الصحيحة لان الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والاقرار فكان حكمهما واحدا ، وبالله التوفيق

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال اغرسها وازرعها ما شئت فالكراء جائز . قال المزنى : أولى بقوله ألا يجوز هذا لانه لا يدرى يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس

وهـذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل ، احداهن أن يقول : أجرتكها لتزرعها ان شئت أو تغرسها ان شئت فالاجارة صحيحة ، وهو مخير بين زرعها ان شاء وبين غرسها ، فان زرع بعضها وغرس بعضها جاز ، لانه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز .

الثانية أن يقول : قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها ، فالاجارة باطلة ، لانه لم يجعل له الامرين معاً ، ولا أحدهما معينا ، فصار ما أجره له مجهولا

الثالثة أن يقول : قد أجرتكها لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان (أحدهما) وهو مذهب المزنى أن الاجارة باطلة ، لانه لما لم يخيره بين الامرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولا ، وهـذا قول أبى اسحاق المروزى (والثانى) وهو ظاهر كلام الشـافعى . وقال ابن أبى هريرة : ان الاجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصف لان جمعه بين الامرين يقتضى التسوية بينهما ، فلو زرعها جميعا جاز ، لان زرع النصف المأذون فى غرسه أقل ضررا ، ولو غرسها جميعا لم يجز لان غرس النصف المأذون فى زرعه أكثر ضرراً

قال الشافعى رضى الله عنه : وان انقضت سنوه لم يكن لرب الارض أن يقلع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته ان كانت فيه يوم نقلعه ، ولرب الارض الغراس ان شاء أن نقلعه على أن عليه ما نقص من الارض ، والغراس كالبناء اذا كان باذن مالك الارض مطلقا .

قال المزنى : القياس عندى أنه إذا حدّ له أجلا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له أن يبنى فى عرصة له ، فانقضى الأجل فالأرض والعرصة بعد انقضاء الأجل مردودان .

وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبنى فيها ويغرس فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم فى الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء ، فأما القائم فى الأرض قبل انقضاء الاجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الارض لأنه مستحق بالعقد

(الثانية) أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لانه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعى فلا يلزمه أجرة ، وعلى مذهب المزنى عليه الاجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث فى حفر الارض لانه لم يستحقه بالعقد ؛ وإنما استحقه بالملك ، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا فى تعليله فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد ، وهو التعليل الذى ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لالزمه تسوية الارض .

والحال الثالثة : أن يطلقا العقد فلا يشترطا فيه قلعه ولا تركه فينظر ، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أخذ المستأجر بقلعه لانه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص . وان كانت قيمته مقلوعا أقل من قيمته قائما وهو الاغلب نظر ، فان بذل رب الارض قيمة الغرس والبناء قائما ، أو ما بين قيمته مقلوعا لم يكن للمستأجر تركه ؛ لان ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص . وقيل : لا يجبرك على أخذ القيمة ولكن يخيرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه ، وإن لم يبذل رب الارض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر فى المستأجر ، فان امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضى

المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه، وإن بذل له أجرة المثل مع امتناع رب الارض من بذل القيمة أو النقص، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الارض بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالا بما ذكره المزنى من قول الله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» وليس من رب الارض رضى بالترك فلم يجبر عليه، ولانه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقر الى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى، ولان تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم فى الاستيفاء كما أوجب اختلاف الحكم فى إحداث الغرس والبناء، وهذا المذهب أظهر حجاجا وأصح اجتهادا .

واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والدارقطنى عن عروة بن الزبير مرسلا ؛ فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق، فلم يجز أن يسوى بينهما فى الاخذ بالقلع . قالوا ولان من أذن لغيره فى إحداث حق فى ملك كان محمولا فيه على العرف المعهود فى مثله كمن أذن لجاره فى وضع أجزاعه فى جداره كان عليه تركه على الدوام، ولم يكن له أخذه بقلعها، لان العادة جارية باستدامة تركها، كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء دون القلع ؛ والتناول محمول على العادة . وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لان العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده، ثم هى غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه .

(فرع) وإذا كانت الاجارة فاسدة فبنى المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو فى الاقرار والترك على ما ذكرنا فى الاجارة الصحيحة، لان الفاسد فى كل عقد حكمه حكم الصحيح فى الامانة والضمان . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب ما يوجب فسخ الإجارة ﴾

إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جاز له أن يرد ، لأن الإجارة كالبيع ، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر ، وله أن يرد بما يحدث فى يده من العيب ، لأن المستأجَر فى يد المستأجِر كالمبيع فى يد البائع ، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب فى يد البائع ، جاز رد المستأجَر بما يحدث من العيب فى يد المستأجِر .

﴿ فصل ﴾ والعيب الذى يرد به ما تنقص به المنفعه ، كتعثر الظهر فى المشى والعرج الذى يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجذام والبرص فى المستأجَر للخدمة ، وانهدام الحائط فى الدار ، وانقطاع الماء فى البئر والعين والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعه .

وأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعه . وإن اكترى ظهرا للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد ؛ وإن اكترى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد ، لأن المعقود عليه باق ، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجز له الرد ، كما لو اشترى ظهرا ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال ، وان اكترى أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد لان الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الارض فلم يجز له الرد ، وان اكترى دارا فتشعثت فبادر المكرى الى اصلاحها لم يكن المستأجر ردها لانه لا يلحقه الضرر ، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ لانه يلحقه ضرر بنقصان المنفعه ، فإن رضى سكناها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الاجرة أم لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه جميع الاجرة لانه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الاجرة ، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت

(والثانى) يلزمه جميع الاجرة لانه استوفى جميع المعقود عليه ناقصا بالعيب

فلزمه جميع البدل ، كما لو اشترى عبدا فتلفت يده فى يد البائع ورضى به .

(فصل) ومتى رد المستأجر العين بالعيب ، فان كان العقد على عينها انفسخ العقد ، لانه عقد على معين فانفسخ برده ، كبيع العين . وإن كان العقد على موصوف فى الذمة لم ينفسخ العقد برد العين ، بل يطالب ببدله ، لان العقد على ما فى الذمة ، فاذا رد العين رجع الى ما فى الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده .

(فصل) وإن استأجر عبدا فمات فى يده ، فان كان العقد على موصوف فى الذمة طالب ببدله لما ذكرناه فى الرد بالعيب ، وان كان العقد على عينه فان لم يمض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد . وقال أبو ثور من أصحابنا : لا ينفسخ ، بل يلزم المستأجر الاجرة لانه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد ، كما لو هلك المبيع بعد التسليم فلم ينفسخ العقد ، والمذهب الاول ، لان المعقود عليه هو المنافع ، وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وان مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقى بتلف المعقود عليه ، وفيما مضى طريقان :

(أحدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا

(والثانى) أنه على قولين بناء على الطريقين فى الهلاك الطارىء فى بعض المبيع قبل القبض ، هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا ؟ لان المنافع فى الاجارة كالمبيع قبل القبض ، وفى المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة .

(فصل) وان اكترى دارا فانهدمت فقد قال فى الاجارة ينفسخ العقد ، وقال فى المزارعة اذا اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ان المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ . واختلف أصحابنا فيهما على طريقين ، فنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى فخرجهما على قولين ، وهو الصحيح (أحدهما) أن العقد ينفسخ فيهما ، لان المنفعة المقصودة هى السكنى والزراعه وقد فاتت فانفسخ العقد ، كما لو اكترى عبدا للخدمة فمات .

(والثانى) لا ينفسخ لان العين باقية يمكن الانتفاع بها وانما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب . ومنهم من قال اذا انهدمت الدار انفسخ

العقـد ، وان انقطع المـاء من الارض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء والدار غير باقية مع الانهدام .

(الشرح) لا ينفسخ عقد الاجارة عينية كانت أو فى الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين بالأعذار التى لا توجب خللا فى المعقود عليه ، كمن استأجر حماما وتعذر عليه جلب الوقود له ، أو استأجر سيارة وتعذر عليه شراء وقودها ، أو مرض فحال مرضه دون السفر عليها ، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثاً يتخذه فراشا فيها ، ويقاس على هــــذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خال فى عينه بعيب فيه ، وإذا استأجر دارا فوجـد ماء بئرها متغيراً ، قال أبو حنيفة : إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر . وعندنا أنه إن خالف معهود الآبار فى تلك الناحية فله الخيار ؛ فان كان معهودهم الشرب من آبارهم — فإذا كان تغيره يمنع من شربه — فله الخيار ؛ وإن أمكن الوضوء منها ، وإن كان معهودهم ألا يشربوا منها فلا خيار ، وإن كان غير معهود فى ذلك الوقت . فإن كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو طهور ، فلا خيار له ، وان كان مقصراً عن الكفاية فله الخيار .

فأما رجاء الحصول على المـاء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره ، ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهوداً فى وقته فلا خيار فيه

قال الشافعى : وإذا اكترى الرجل الارض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها فحيل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك ، وهى مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها فتهـدم فى أول السنة أو آخرها ، والعبد يستأجره السنة فيموت فى أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ماسكن واستخدم ويسقط عنه ما بقى ، وإن أكراه أرضا بيضاء يصنع فيها ما شاء ، أو لم يذكر أنه اكتراها للزرع ثم انحسر الماء عنها فى أيام لا يدرك فيها زرعا ، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقى بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقص مما اكترى . وكذلك إن اكتراها للزرع ، وكراؤها للزرع أبين فى أن له أن يردها إن شـاء ، وان كان مر بها ماء فأفسد زرعه أو أصابه

حريق أو ضريب[١] أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الارض فالكراء له لازم ، فإن أحب أن يجـدد زرعا جدده إن كان ذلك يمكنه ، وان لم يمكنه فهذا شيء أصيب به فى زرعه لم تصب به الأرض فالكراء له لازم ، وهذا مفارق للجائحـة فى الثمرة يشتريها الرجل فتصيبها الجائحة فى يديه قبل أن يمكنه جدادها . ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا ، فإن قال قائل : اذا كانتا جائحتين فما بال إحداهما توضع والاخرى لا توضع ، فان من وضع الجائحة الاولى فانما يضعها بالخبر ، وبأنه اذا كان البيع جائزا فى شراء الثمرة إذا بدا صـلاحها وتركها حتى تجدّ فانما ينزلها بمنزلة الكراء الذى يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تتلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلفت . اه

وقد اختلف أصحابنا فى الفساد الطارىء على المستأجر — بفتح الجيم — على حسب اختلافهم فى الفساد الطارىء على بعض الصفقة ، هل يكون كالفساد المقارن للعقـد ؟ فقال بعض أصحابنا هما سواء ، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة .

وقال آخرون : ان الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد ، فتكون الاجارة فيما مضى من المـدة غير فاسدة قولا واحداً . فان قيل ببطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل فى الماضى دون المسمى . وإن قيل بصحة الاجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار فى فسخه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لفواته على يده ، فعلى هذا ان كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الاجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة

وإن كان العمل فيها مختلفاً والاجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجرة النصف الماضى من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقى خمسين درهما تقسطت الأجرة على العمل المختلف دون المدة ، وكان على المستأجر ثلثى ثلثا الاجرة بمضى نصف المدة لأنها تقابل ثلثى العمل

---

(١) الضريب يقال للثلج الدائب والسموم الماء انشفه الارض . هكذا فى القاموس

(والوجه الثانى) أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه ، فإن أقام على الماضى ازمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط ، وكان بعض أصحابنا يخرج قولا آخر أن يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ ، وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن ، وإن فسخ الإجارة فى الماضى ازمه فيه أجرة المثل ، لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه .

(فرع) وجملة بيان هذه الفصول أن من استأجر عيناً مدة لحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة .

(أحدها) أن تتلف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب ، أحدها : أن تتلف العين قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

(والثانى) أن تتلف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط ، لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها استيفاؤها أو التمكن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين

(والثالث) أن تتلف بعد مضى شىء من المدة ، فان الاجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، هذا معنى ما نقلناه من الأم قبل . وقال أحمد فيما رواه عنه إبراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها .

فان كان المستأجر يختلف الأجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر إيجارها صيفا أكثر من أجرها شتاء ، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفا أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة

ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة فى البيع ؛ وكذلك لو كان الأجر على قطع المسافة وكانت معروفه بالأميال أو الكيلو مترات .

القسم الثانى : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة سواء ، وإن بقى فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت إلا فى انقطاع الماء لأنه لم يحدث فى المعقود عليه خلل يفسد العقد فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، فان فسخ فعليه ما مضى من العقد ، وإن اختار إمضاءه فعليه جميع الاجر لان العيب إذا رضى به سقط حكمه .

فاذا انهدمت الدار أو مرض الخادم ، فان الاجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ، ولكن المستأجر بالخيار لأجل العيب الحادث المؤثر فى منفعته بين المقام والفسخ ، والخيار فيه على التراخى لا على الفور بخلاف الخيار فى البيع لانه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها فان كان مرض الخادم مرضا لا يؤثر فى العمل نظر فيما استؤجر له من العمل ، فان كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالكنس والرعى وحرث الارض فلاخيار المستأجر ، وإن كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته فى مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار .

وقال النووى فى الدار : تنفسخ بهدمها . وقال شمس الدين الرملى : فى الاصح وإن كانت الاجارة فى دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لانه عيب حدث فى غير المعقود عليه ، فاذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيهاسقف نظر ، فان لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كالو انهدم جميعها فى بطلان الاجارة فيها ، وإن أمكن سكناها لم تبطل الاجارة وكان مخيراً فى الفسخ للعيب الحادث . وأما إن انهدم نصفها وبقى نصفها والباقى منها يمكن سكناه بطلت الاجارة فى النصف المنهدم ، وهى صحيحه فى النصف السليم والمستأجر بالخيار ، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الاجارة فيما سلم من الدار على قولين .

(فرع) فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد جديد ؛ لأن بطلانه يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختر المستأجر الفسخ حين عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان أحدهما : قد سقط لارتفاع موجبه ، والثاني : أنه باق بحاله لما تقدم من استحقاقه ولكن له لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر ، وكان المستأجر على خيار .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو اكترى أرضاً سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراء لأنه لم يسلم له ما اكترى ، قلت : ومن هنا نعلم أن الأرض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ ، وهل تبطل الاجارة بالغصب ؟ على قولين . أصحهما : باطلة ، والمستأجر برىء من أجرة مدة الغصب ، ولا يكون المستأجر خصما للغاصب فيها ، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيلا فلم يكن خصما .

والقول الثاني : أن الاجارة لا تبطل لأن غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام أو الفسخ فان فسخ سقطت عنه الأجرة ولم يكن خصما للغاصب فيها ، وإن أقام فعليه المسمى ويرجع بأجرة المثل على الغاصب ويصير خصما له في الأجرة دون الرقبة ، إلا أن يبقى من مدة الاجارة شيء فيجوز أن يصير خصما في الرقبة ليستوفي حقه من المنفعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أكرى نفسه فهرب أو أكرى عينا فهرب بها نظرت ، فان كانت الاجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب ، فانه يبتاع عليه المسلم فيه ، وإن لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو أسلم في شيء فتعذر ، وإن كانت الاجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار ، كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض ؛ فان لم يفسخ نظرت ، فان كانت الاجارة على مدة انفسخ العقد بمضي المدة يوما بيوم

لان المنافع تتلف بمضى الزمان فانفسخ العقد بمضيه ، وإن كانت على عمل معين لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده

﴿ فصل ﴾ وان غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر — فإن كان العقد على موصوف فى الذمة — طولب المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه فى هرب المكرى ، وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد ، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ ، كما لو ابتاع عبداً فغصب فإن لم يفسخ — فان كانت الإجارة على عمل — لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده ، وإن كانت على مدة فانقضت ففيه قولان :

(أحدهما) ينفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

(والثانى) لا ينفسخ ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ، ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ، لان المنافع تلفت فى يد الغاصب ، فصار كالمبيع إذا أتلفه الاجنبي . وفى المبيع قولان إذا أتلفه الأجنبى فكذلك ههنا .

﴿ فصل ﴾ وإن مات الصبى الذى عقد الاجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع فبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقيـة ، وإنما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد ، كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبى آخر جاز . وإن تشاحا فسخ العقد ، لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ

﴿ فصـل ﴾

وإن استأجر رجلا ليقلع له ضرساً فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص فى المسألة قبلها ، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر .

(الشرح) إذا هرب الاجير أو شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعه من غير هرب على نحو ما . لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما ، فان عادت العين فى أثناء المدة استوفى مابقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وان كانت الإجارة على موصوف فى الذمة ،كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم اليه فى شيء فهرب ابتيع من ماله ، فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل، لان ما فى الذمة لا يفوت بهربه ، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه ، أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق ؛ إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل — إن لم يكن على مدة — قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

وأما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال ، وإلى هذا كله ذهب الحنابله

(فرع) إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان : أحدهما للمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه ، فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة ، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن منافع الغصب لا تضمن ، وهو محل خلاف بين أصحابنا ، وهو قول أصحاب الرأى وأصحاب أحمد .

(والثانى) لا تخيير ، بل ينفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

وقول ثالث لم يذكره المصنف ، وهو قول ابن الرفعة : لا خيار ولا فسخ أخذاً من النص ؛ وقد استشهد له الغزى . قال الرملي : فيه نظر . وقال الأذرعى هو مشكل وما أظن الأصحاب يسمحون به

وإن كانت الاجارة على عمل فى الذمة كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصبت الماكينة التى يخيط بها ، أو العربة التى يحمل عليها لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل ، لأن العقد على ما فى الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده ، فإن تعذر البدل ثبت المستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها

(فرع) وتنفسخ الإجارة بموت الطفل ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا هو منصوص الشافعى ، فإذا انفسخ العقد بطلت الإجارة من أصلها بالأجر كله . وإن كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى .

ومن أصحابنا من خرج قولا آخر أنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية ببقاء المرضعة وانما المستوفى هو الذى هلك والعقد باق بين المتعاقدين فاذا تراضيا على ارضاع صبى آخر جاز وإلا انفسخ العقد .

أما إذا ماتت المرضعة فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ ، وكذلك ذهب بعض الاصحاب وقالوا : يجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين .

(فرع) يجوز أن يستأجر طبيبا يخلع له ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصوده لجاز الاستئجار على فعلها كالختان ، فإذا برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لأن قلعه سليما لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان إتلاف جزء من الآدمى محرم فى الاصل ، وإنما أبيح القلع إذا صار بقاؤه ضررا ، والامر مفوض الى الانسان فى نفسه إذا كان أهلا لذلك . وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته ، وكذلك . وإذا استأجر طبيبا فى الرمد ليكحل عينه بالنترات والاكاسيد فلم يبرأ عينه استحق الاجر ، وبه قال أكثر الفقهاء .

وقال مالك : إنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ، ولم يحك ذلك أصحابه ، وهو فاسد ، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فإن برئت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة ؛ لأنه قد تعذ العمل فأشبه ما لو حجز عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الاجر بمضى المدة ، كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شارطه على البرء فإن مذهبنا ومذهب أحمد ابن حنبل أن ذلك يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يتحقق البرء ، سواء وجد قريبا أو بعيدا ، فإن برىء بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التى هى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة المعالج أو غير الجاعل فلا شىء له على تفصيل سيأتى فى الجعالة إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن مات الاجير فى الحج قبل الإحرام نظرت ، فإن كان العقد على حج فى الذمة استؤجر من تركته من يحج ؛ فان لم يمكن ثبت للمستأجر الخيار فى فسخ العقد كما قلنا فى السلم ؛ وإن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد ، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض ، فان مات بعد ما أتى بجميع الاركان وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لانه أتى بالاركان ، ويجب فى تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك فى حج نفسه .

وإن مات بعد الاحرام وقبل أن يأتى بالاركان فهل يجوز أن يبنى غيره على عمله ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز لأنه عمل تدخله النيابة فجاز البناء عليه كسائر الاعمال . وقال فى الجديد : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة ، فان قلنا لا يجوز البناء فان كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت، لأنه فات المعقود عليه ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج .

وإن كانت الإجارة على حج فى الذمة لم تبطل ، لأن المعقود عليه لم يفت بموته ، فإن كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج ، وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ .

وإن قلنا : يجوز البناء على فعل الأجير ؛ فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه ، بطلت لأن حجه فات بموته ، فإن كان وقت الوقوف باقيا أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبنى على عمل الأجير ، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم .

وقال أبو إسحاق : لا يجوز للبانى أن يحرم بالحج ، لأن الإحرام بالحج فى غير أشهر الحج لا ينعقد ، بل يحرم بالعمرة ويتم ، والصحيح هو الأول لأنه لا يجوز أن يطوف فى العمرة ويقع عن الحج ، وقوله : إن الإحرام بالحج لا ينعقد فى غير أشهر الحج لا يصح ؛ لأن هذا بناء على إحرام حصل فى أشهر الحج ، وإن كانت الاجارة على حج فى الذمة استؤجر من تركة الأجير من يبنى على إحرامه على ما ذكرناه .

(فصل) ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقى ، فما قابل المستوفى استقر ، وما قابل الباقى سقط ، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقى ، فإذا كان ذلك مما يختلف رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة ، وإن كان العقد على الحج فات الأجير أو أحصر نظرت ، فان كان بعد قطع المسافة وقبل الاحرام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق : إنه لا يستحق شيئاً من الاجرة بناء على قوله فى الام : إن الاجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح ، لان الاجرة فى مقابلة الحج وابتداء الحج من الاحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب الى الحج وليس بحج فلم يستحق فى مقابلته أجرة كما لو استأجر رجلا ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز .

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى بكر الصيرفى أنه يستحق من من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله فى الاملاء أن الاجرة تقابل قطع المسافة والعمل لان الحج لا يتأدى الا بهما فقسطت الاجره عليهما .

وان كان بعد الفراغ من الاركان وقبل الرمى والمبيت ففيه طريقان : أحدهما يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك قولا واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ؛ كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة ، ومنهم من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثانى) لا يلزمه لان ما دخل على الحج من النقص بترك الرمى والمبيت جبره بالدم ، فصار كما لو لم يتركه ، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتى بباقى الاركان ففيه قولان (أحدهما) لا يستحق شيئاً كما لو قال من رد عبدى الآبق فله دينار فرده رجل الى باب البلد ثم هرب (والثانى) أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه فأشبه اذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات .

فاذا قلنا : انه يستحق بعض الاجرة فهل تقسط الاجرة على العمل والمسافة أو على العمل دون المسافة ؟ على ما ذكرناه من القولين .

(فصل)

وان أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق لانه عقد على منفعة فلم يمنع العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح ، وهل يرجع العبد على مولاه بالاجرة ؟ فيه قولان ، قال فى الجديد : لا يرجع وهو الصحيح ، لانها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها بعد العتق كما لو زوج امته ثم أعتقها . وقال فى القديم : يرجع لانه فوت بالاجارة ما ملكه من منفعته بالعتق ، فوجب عليه البدل . فان قلنا يرجع بالاجرة كانت نفقته على نفسه لانه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه ، كما لو أجر نفسه بعد العتق ، وان قلنا : لا يرجع بالأجره ففى نفقته وجهان .

(أحدهما) أنها على المولى ، لانه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك ، فكانت نفقته عليه .

(والثانى) أنها فى بيت المال لانه لا يمكن ايجابها على المولى ، لانه زال ملكه عنه ، ولا على العبد لانه لا يقدر عليها فى مدة الاجارة ، فكانت فى بيت المال .

(الشرح) اذا مات الاجير فى أثناء الحج فله أحوال :

١ – يموت بعد الشروع فى الاركان وقبل الفراغ منها .

٢ – أن يموت بعد الشروع فى السفر وقبل الاحرام .

٣ – أن يموت بعد الفراغ من الأركان وقبل الفراغ من باقى الأعمال .

فأما الأولى وهى الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الأركان فنى استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق شيئاً لأنه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال : من رد ضالتى فله دينار فرده إلى باب الدار ثم هربت أو ماتت فانه لا يستحق شيئاً ، وأصحهما عند المصنف ، ووافقه النووى والاصحاب يستحق بقدر عمله ، لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة أميال فقطع بعضها أو بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فانه يستحق بقدره بخلاف الجعالة فإنها ليست عقداً لازما ، ولكنها التزام بشرط فإن لم يوجد الشرط تاما فإنه لا يلزمه شىء كالطلاق المعلق ، ونقل النووى عن الشيخ أبى حامد والاصحاب القول الاول وهو نص الشافعى فى القديم ، والثانى نصه فى الجديد والام وهو الاصح .

وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان ، هذا هو المذهب .
وحكى الرافعى وجها شاذاً أنه يستحق بعده ، ثم فى استحقاقه - إذا قلنا به - هل يكون على الأعمال والمسافه معاً أم على الاعمال فقط ؟ قولان ، أصحهما : على الاعمال والمسافة جميعاً عند الاكثرين ، وممن صححه الرافعى ، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط ، وفى المسألة طريق آخر ساقه النووى عن ابن سريج أنه إن قال : استأجرتك لتحج عنى قسط على العمل فقط ، وان قال : لتحج من بلد كذا قسط عليهما جميعا ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وأما الحال الثانية : وهى أن يموت قبل الاحرام وبعد الشروع فى السفر ، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعى فى القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور : لا يستحق شيئاً من الأجرة لأنه لم يقم بشىء من أعمال الحج ، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجر خبازاً ليخبز له فاستحضر أدواته

وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له ؛ وساق النووي تعليلا لغير المصنف بأنه لم يحصل شيئاً من المقصود .

والوجه الثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي : يستحق من الاجرة بقدر ما قطع من المسافة . وحكى الرافعي وجهاً ثالثاً عن أبي الفضل ابن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لتحج من بلد كذا استحق بقسطه ، ثم في البناء على فعل الاجير نظر ، إن كانت إجارة عين انفسخت ولابناء لورثة الاجير كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل المستأجر أن يستأجر من يبني ؟ فيه القولان السابقان في الفرع قبله في جواز البناء ، وان كانت الاجارة على الذمة ، فإن قلنا : لا يجوز البناء فلورثة الاجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم في تلك السنة لبقاء الوقت فذاك ، وان تأخر الى القابل ثبت الخيار في فسخ الاجارة ، فان جوزنا البناء فلورثة الأجير أن يبنوا .

وأما الحال الثالثة : وهي موته قبل الفراغ من الأعمال بعد أدائه الاركان فينظر ، ان كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم نجوز البناء يجبر الباقي بالدم من مال الأجير ، وفي رد شيء من الأجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميقات ولم يعد اليه وجبره بالدم ، المذهب وجوب الرد وان جوزنا البناء وكان الوقت متسعا فان كانت الاجارة على العين انفسخت في الباقي من الاعمال ، ووجب رد ما يقابلها من الاجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمي ويبيت ، ولا حاجة الى الاحرام لان الرمي والمبيت يؤديان بعد التحلل ، ولا يلزم بذلك دم ولا شيء من الأجرة ، هكذا ذكره المتولي وغيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أجر عيناً ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان ، أحدهما : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع ، كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن . والثاني : يصح لانه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة . وان باعها من المستأجر صح البيع قولا واحداً

لأنه فى يده لا حائل دونه فصح بيعها منه ، كما لو باع المغصوب من الغاصب ، والمرهون من المرتهن ، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعه بالاجارة لأن الملك لا ينافى الاجارة ، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر ، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها ، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشترى بالاجرة لما بقى على البائع .

﴿ فصل ﴾ فإن أجر عيناً من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد ، لانه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع ، فإن أجر وقفا عليه ثم مات ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يبطل لانه أجر ما يملك إجارته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثانى فى تركة المؤجر بأجرة المدة الباقيه لان المنافع فى المدة الباقيه حق له ، فاستحق أجرتها .

(والثانى) تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولايه ، ويخالف إذا أجر ملكه ثم مات ، فان الوارث يملك من جهة الموروث : فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطن الثانى يملك غلة الوقف من جهة الواقف ، فلم ينفذ عقد الأول عليه ، وإن أجر صبيا فى حجره أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان .

أحدهما : لا يبطل العقد لانه عقد لازم عقده بحق الولايه فلا يبطل بالبلوغ كما لو باع داره ، والثانى : يبطل لانه بان بالبلوغ أن تصرف الولى إلى هذا الوقت والصحيح عندى فى المسائل كلها أن الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق .

(الشرح) قال الماوردى فى الحاوى الكبير : فاذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان .

أحدهما : أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والاجارة بحالها ، ويصير جامعا بين ملك المنفعه بالاجارة والرقبه بالبيع ، والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل أنه بالارث صار قائما مقام المؤجر فلم يجز له عقد على نفسه ، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمى بالعقد .

والضرب الثانى أن تباع على أجنبي غير المستأجر ، فى البيع قولان : أحدهما أنه باطل والاجارة لحالها ، لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المغصوب الذى يمنع يد المشترى منه بظلم .

والقول الثانى وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة ، فعلى هذا ان كان المشترى عالما بالاجرة فلا خيار له والاجرة للبائع لانه قد ملكها بعقده ، وان كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ . اه

قلت : وقد نص أحمد رضى الله عنه على صحة البيع سواء باعها من المستأجر أو من غيره . وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه . وقال فى الآخر : ان باعها لغير المستأجر لم يصح البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم الى المشترى فمنعت الصحة كما فى المغصوب .

فاذا ثبت هذا فان المشترى يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ، ولا يستحق تسليم العين الا حينئذ ، لأن تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها انما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا فى مكان بعيد ، فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضى مدة يمكن احضارها فيها ، كالمسلم الى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه الا فى وقته ، فان لم يعلم المشترى بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن . لان ذلك عيب ونقص . وعلى هذا اذا اشتراها المستأجر صح البيع أيضا ؛ لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين فى يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولا واحداً . وعند أحمد وأصحابه وجهان :

(أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز . فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشترى وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشترى غيره

والوجه الثانى : تبطل الإجارة فيما بقى من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه . قالوا ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة فمنع استدامتها كالنكاح ؛ فعلى هذا يسقط عن المشترى الاجر فيما بقى من الاجارة ، كما لو بطلت الاجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقى الاجر من الثمن والله تعالى أعلم .

(فرع) قال المزنى : قال الشافعى ولا يفسخ بموت أحدهما اذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذى عنه ورثوا . اه

فإذا ثبت هذا فان عقد الاجارة لازم لا ينفسخ بموت الموجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد واسحاق . وقال أبو حنيفة وسفيان والليث بن سعد : الاجارة تبطل بموت الموجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ، ولأن الاجارة تفتقر الى مؤجر ومواجر فلما بطلت بتلف المواجر بطلت بتلف المؤجر ، وتحريره قياسا أنه عقد اجارة يبطل بتلف المواجر فوجب أن يبطل بتلف الموجر قياسا عليه اذا أجر نفسه . ولأن زوال ملك الموجر عن رقبة المواجر يوجب فسخ الاجارة قياساً عليه اذا باع ماأجره برضى المستأجر ، ولأن منافع الاجارة انما تستوفى بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت وان كان عاقداً . والوارث لا عقد عليه وان صار مالكا ، فصارت منتقلة من العاقد الى من ليس بعاقد ، فوجب أن يبطل لتنافى اجتماع العقد والملك .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضه لم تنفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع ، فان قيل : ينتقض بموت من أجر نفسه لم يصح لأن العقد انما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الاجارة ، وان كان العاقد حيا ، ولأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الاجارة . فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها . ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته

(والثانى) أنه أحد منفعتى الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى ، ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالاعيان لجاز أن تنتقل بالارث كالاعيـان . ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن تنقل به المنافع فى الاجارات ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الاجارة فلم يبطل بعد العقد كالجنون والزمانة ، ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع ، ولأن منافع الاعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى . فلما كان ما تستحق منفعته بارتهانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته ، وقد استدل الشافعى بهذا فى الام .

ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه الموروث ، والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبـة والمنفعة ، ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت موجره بوفاق أبى حنيفة . وإن قال بعض أصحابنا : تبطل ؛ فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت موجره كالوقف

وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه إن رده الى النكاح ، فالنكاح لم يبطل بالموت ، وانما انقضت مدته بالموت فصار كانقضاء مدة الاجارة .

وان رده الى المضـاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما فى حال الحياة ، وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الاجارة كذلك للزومها فى حال الحياة .

وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه .

وأما الجواب عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم الاصل لان الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ، وإنما البيع مخالف فى إبطاله ثم ينتقض على أصله بعتق العبد المواجر قد زال ملك

سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها ، فكذلك إذا زال بالبيع والموت .

وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت ؛ فهو أن اجتماعهما يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيها بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث مالم يعاقد عليه كما يستوفى منه ثمن مااشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ماترك الموروث ، لان الموروث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته .

فأما قول الشافعى : فان قيل : فقد انتفع المكترى بالثمن قيل : كما لو أسلم فى متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعى ؛ وقد اختلف أصحابنا فى مراده فقال أبو إسحاق المروزى : أراد به الرد على من أجل الاجره ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكرى بالأجره قبل انتفاع المكترى بالمنفعة ، وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعى : مثل هذا ليس يمتنع كما أن بائع السلم قد يتعجل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشترى ، وكما يقبض غائب عنه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به . وقال أبو العباس بن سريج : يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجاره بموت الموجر لئلا ينتفع الموجر بالأجره ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين .

وقال أبو حامد الاسفرايينى : انما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد فى تضاعيف المدة يبطل الاجاره فيما بقى ويوجب أن يرد من الأجره بقسطها ، وان انتفع المكرى بها ولم ينتفع المكترى بما قابلها فأجاب بما ذكرنا من انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة . .

وقال المزنى : هذا تجويز بيع الغائب ، وعنه جوابان (أحدهما) أنه محمول على أحد قوليه (والثانى) أنه محمول على بيع غائب قدراه .

فإذا ثبت أن اجارة الملك لا تبطل بموت الموجر والمستاجر انتقل الكلام الى اجارة الوقف ، فإن أجر ولا حق له فى غلته صحت اجارته ولم تبطل بموته

لأنه لم يؤجل ملكه وإنما ناب عن غيره ، وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد اختلف أصحابنا فى بطلان الإجارة بموته على وجهين

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أن الاجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره ، وفرق بين المالك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر ؛ وليس كذلك الوقف ، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته ، فإذا فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالارث .

(والوجه الثانى) وهو الأظهر : الاجارة لا تبطل لان مؤجره وال قد أجره فى حق نفسه وحق من بعده بولايته ، فإذا انقضى حقه بموته صحت إجارته فى حق من بعده بولايته ، فان كان قد استوفى الاجرة استرجع من تركته أجرة ما بقى من المدة بعد موته .

وإذا استأجر الرجل من أبيه داراً سنة ودفع اليه الاجرة ثم مات الاب نظرت فان لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الاجارة لانه صار مالكا للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة ، فان لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثا ، وإن كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الاجرة ، لانها صارت بانفساخ الاجارة بالارث ديناً على الاب فساوى الغرماء فيها ؛ فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الاجارة فى نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت فى حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجره فى تركة أبيه لأنها صارت دينا عليه . فاذا أجر الاب أو الوصى صبيا ثم بلغ الصبي فى مدة الاجارة رشيداً فالاجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب تضمين المستأجر والأجير

إذا تلفت العين المستأجرة فى يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لانه عين قبضها ليستوفى منها ما ملكه ، فلم يضمنها بالقبض كالمرأة فى يد الزوج ، والنخلة التى اشترى ثمرتها ، وإن تلفت بفعله نظرت فان كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لانه هالك من فعل مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل ، وان تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان ، لانه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه .

﴿ فصل ﴾ وان اكترى ظهراً الى مكان فجاوز به المكان فهلك نظرت ، فان لم يكن معه صاحبه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان الى أن تلف لانه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب ، وان كان صاحبه معه نظرت ، فان هلك بعد نزوله وتسليمه الى صاحبه لم يضمن ، لانه ضمنه باليد فبرىء بالرد كالمغصوب اذا رده الى مالكه ، وان تلف فى حال السير والركوب ضمن ، لأنه هلك فى حال العدوان ، وفى قدر الضمان قولان .

(أحدهما) نصف قيمته ، لأنه تلف من مضمون وغير مضمون ، فكان الضمان بينهما نصفين ، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه .

(والثانى) أنه تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ، وما قابل الزيادة يجب : لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين فى الجلاد اذا ضرب رجلا فى القذف احدى وثمانين فمات ، وان تعادل اثنان ظهراً استأجراه وارتدف معهما ثالث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه يجب على المرتدف نصف القيمة ، لأنه هلك من مضمون وغير مضمون .

(والثانى) يجب عليه الثلث ، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم .

(والثالث) أنه يقسط على أوزانهم ، فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه .

(فصل) وان استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت ، فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان ، لأنه أمانة فى يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة وان كان لغير عذر — فإن قلنا لا يجب الرد قبل الطلب — لم يضمن كالوديعة قبل الطلب ، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب

(فصل) وان تلفت العين التى استؤجر على العمل فيها نظرت ، فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف فى الوقود أو ألزقه قبل وقته أو تركه فى النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان فلزمه الضمان . وان استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه ، لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب ، فاذا عدل الى الضرب كان ذلك تفريطا منه فلزمه الضمان . وان كان التلف بغير تفريط ، نظرت ، فإن كان العمل فى ملك المستأجر بأن دعاه الى داره ليعمل له ، أو كان العمل فى دكان الاجير والمستأجر حاضر ، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه لم يضمن ، لان يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية . وان كان العمل فى يد الاجير من غير حضور المستأجر نظرت ، فان كان الاجير مشتركا ، وهو الذى يعمل له ولغيره ، كالقصار الذى يقصر لكل أحد والملاح الذى يحمل لكل أحد ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الضمان ، لما روى الشعبى عن أنس رضى الله عنه قال : استحملنى رجل بضاعة فضاعت من بين متاعى . فضمنيها عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه .

وعن خلاس بن عمرو أن عليا رضى الله عنه كان يضمن الأجير . وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن على كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك .

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير . والثانى : لا ضمان عليه ، وهو قول المزنى ، وهو الصحيح .

قال الربيع : كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ، ولكنه لا يفتى به لفساد الناس ، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب .

وإن كان الأجير منفرداً وهو الذى يعمل له ولا يعمل لغيره ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو كالاجير المشترك وهو المنصوص ، فإن الشافعي رحمه الله قال : والأجراء كلهم سواء ، فيكون على قولين لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الضمان قولا واحداً لأنه منفرد بالعمل فأشبه إذا كان عمله فى دار المستأجر .

فإن قلنا إنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف ، لأنه ضمن بالتعدى فصار كالغاصب ، وان قلنا انه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف كالغاصب . ومن أصحابنا من قال : يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير ؛ وليس بشىء

﴿ فصل ﴾ وان عمل الاجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف نظرت فان كان العمل فى ملك صاحبه أو بحضرته وجبت له الاجرة لانه تحت يده فكل ما عمل شيئا صار مسلما له ، وان كان فى يد الاجير — فان قلنا انه أمين — لم يستحق الاجرة لانه لم يسلم العمل ، وان قلنا انه ضامن استحق الاجرة لانه يقوم عليه معمولا فيصير بالتضمين مسلما للعمل فاستحق الاجرة

﴿ فصل ﴾ وان دفع ثوباً الى خياط وقال : ان كان يكفينى لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان ؛ لانه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط فضمنه . وان قال : أيكفينى للقميص ؟ فقال نعم ، فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن لأنه قطعه بإذن مطلق ،

(الشرح) الاخبار الواردة فى هذه الفصول كرواية الشعبي عن أنس وخبر خلاس بن عمرو فى الام . وقد روى الشافعى خبر جعفر الصادق قال : أخبرنا بذلك ابراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ضمن الغسال

والصباغ وقال : لا يصلح الناس الا بذلك وقد أعلمها الشافعى كما سيأتى فى شرح الفصل .

أما الاحكام ، فان الدابة اذا لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كاملة ، وان كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى لانها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدى ، وان تلفت تحت الراكب ففيه قولان .

(أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لانها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها .

(والثانى) تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقى ، ونحو هـذا قول أبى حنيفه فانه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته . وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما اذا تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت فى يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة ، وكذلك اذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها ، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ، ولان الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان . كمن جلس الى انسان فخرق ثيابه وهو ساكت ولأنها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجرا فى سفينة موقرة فغرقت .

فأما ان تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر ، فان كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب . وان تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط فى هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف فى يد عادية ولا بسبب عدوان .

واختلف أصحاب أحمد فى الضمان فظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها اذا تلفت سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها الى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى

أو لم يكن . وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الأثرم بإسناده عن أبي الزناد وقال : ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً ، فكان الذى وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء مابعدها وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذى تكاراها به . وهذا هو قول الشافعى والحكم وابن شبرمة وأحمد .

وقال القاضى من الحنابلة : إن كان المكترى نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب من الحنابلة أيضا : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها .

ولنا أن ما نقلنا عن الشافعى رضى الله عنه في ضرب الدابة ونخسها مما مضى في شرح هذه الفصول كاف في توضيح المذهب .

وقال الشافعى أيضا في اختلاف العراقيين : وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها اليه الكراء الذى تكاراها به ، وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع . وإذا عطبت لزمه الكراء الى الموضع الذى عطبت فيه وقيمتها ، وهذا مكتوب في كتاب الاجارات .

قال الشافعى رضى الله عنه : الأجراء كلهم سواء ، فاذا تلف في أيديهم شيء من غير جنايتهم فلا يجوز أن يقال فيه الا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامنا له يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغى أن يكون من حجته أن يقول : الأمين هو من دفعت اليه راضيا بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت اليه ، واعطائى هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذى أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه انما يضمن من تعدى فأخذ

ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه . اما بتسلط على اتلافه كما يأخذ سالفا فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينفقه ويرد مثله . واما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن ، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه . وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والاجير من كان ليس فى هذا المعنى فلا يضمن بحال الا ما جنت يده كما يضمن المودع ماجنت يده . وليس فى هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الاجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والاجير المشترك والاجير على الحفظ والرعى وحمل المتاع والاجير على الشيء يصنعه لأن عمر ان كان ضمن الصناع فليس فى تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا فكل من كان أخذ أجراً فهو فى معناهم .

وان كان على رضى الله عنه ضمّن القصار والصائغ ، فكذلك كل صانع . وكل من أخذ أجرة . وقد يقال للراعى صناعته الرعية ، وللحمال صناعته الحمل للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولا من التضمين أو ترك التضمين . ومن ضمّن الأجير بكل حال فكان مع الأجير ما قلت مثل أن يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء فى بيته أو غير بيته ، وهو حاضر لماله أو وكيل له يحفظه فتلف ماله بأى وجه ما تلف به اذا لم يجن عليه جان فلا ضمان على الصانع ولا على الاجير . وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه ، والضمان على الجانى . اه كلام الشافعى رضى الله عنه

(فرع) اذا ترك الاجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه والاجير على ضربين : خاص ومشترك . فالخاص هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهراً سمى خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس ، والمشترك الذى يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين ، أو على عمل فى مدة

لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب ، سمى مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين أو ثلاثة أو أكثر لاشتراكهم فى منفعته ، فالأجير المشترك ضامن لما جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضراً فى دكان الأجير وقت العمل كانت يده عليه فيكون كالأجير الخاص لم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله ، فكلما عمل شيئا صار مسلماً اليه . وذهب مالك الى ما ذهب اليه الأصحاب . وذهب أحمد الى أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه قياسا على الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون

فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد . قال قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل أمر غلامه أن يكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل: أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار مشترك . قيل : فرجل اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذى يحرث به ؟ قال لا ضمان عليه .

قلت : وهذا ظاهر مذهب الشافعى ومذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابه ، وللشافعى قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، والقول الاول أظهر . قال الربيع : هذا مذهب الشافعى وإن لم يبح به . وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة . وما تلف بتعدى الخباز الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل أوانه من حيث التخمر المطلوب عند خبزه ، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، فانه يضمن فى كل ذلك .

(فرع) إذا دفع الى خياط ثوبا فقال : إن كان يقطع قميصا فاقطعه ، فقال هو يقطع ، وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه . وإن قال : انظر هذا يكفينى قميصا ؟ قال نعم . قال اقطعه . فقطعه فلم يكفه لم يضمن ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : لا ضمان عليه فى المسألتين لأنه لو كان غره فى الاولى لكان قد غره فى الثانية . أفاده ابن قدامة فى المغنى .

دليلنا أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه . وفى الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ؛ ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره ، بل لعدم الإذن فى قطعه ، لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامى ، هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل ، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت وله عوض السطل إذا تلف . ومنهم من قال هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر ، وهل يضمن الحمامى الثياب ؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك .

(فصل) وإن استأجر رجلا للحج فتطيب فى إحرامه أو لبس ، وجبت الفدية على الأجير ، لأنه جناية لم يتناولها الإذن فوجب ضمانها ، كما لو استأجره ليشترى له ثوبا فاشتراه ثم خرقه . وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه ؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه فانعقد له كما لو وكله فى شراء عبد فاشترى أمة ، فإن كان العقد على حجه فى هذه السنة انفسخ ، لأنه فات المعقود عليه ، وإن كان على حج فى الذمة ثبت له الخيار ، لأنه تأخر حقه ، فإن استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شىء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية فى الحكم ، وإن كان بعضها أبعد من بعض ، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران .

وإن أحرم دون الميقات لزمه دم ، لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه ، فلزمه دم كما لو ترك ذلك فى حجه لنفسه ، فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم ، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه فى حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه .

وهل يلزمه أن يرد من الاجرة بقسطه ؟ قال فى القديم يهرق دماً وحجه تام

وقال فى الأم : يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك ، فمن أصحابنا من قال يلزمه قولا واحداً ، والذى قاله فى القديم ليس فيه نص أنه لا يجب . ومنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح (أحدهما) لا يلزمه لأن النقص الذى لحق الاحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك (والثانى) أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة ، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذى أحرم منه

فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة لزمه الدم لترك الميقات ، وهل يرد من الاجرة بقدر ما ترك ؟ على ما ذكرناه من الطريقين ، فإن قلنا يلزمه ففيه قولان قال فى الام : يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة ، لأن الحج من الاحرام وما قبله ليس من الحج .

وقال فى الإملاء : يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة . لأنه جعل الاجرة فى مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه ، ويخالف المسألة قبلها لأن هناك سافر المستأجر ، وإنما ترك الميقات .

وان استأجره للحج فحج عنه وترك الرمى أو المبيت لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الاجرة بقسطه ؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الاحرام من الميقات .

(الشرح) لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء ، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزُل ـ وهى الثقوب والفتحات التى يأتى منها الماء أو النور ـ ومجرى الماء . وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى . وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع الى تنقية الكنف والبالوعة فعلى المكرى ، وان امتلأت بفعل المكترى فعليه تفريغها ، وهذا مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما .

وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأشبه ما لو اكترى وهى ملأى .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب الدار لان عادة الناس ذلك . وإذا انقضت الإجارة وفى الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه . وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى .

قال الشمس الرملى : نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالاجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الاجرة فى مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه ما يغرف به الماء غير مضمون على الداخل ؛ وثيابه غير مضمونة على الحامى إن لم يستحفظه عليها ويجيبه الى ذلك ، ولا يجب بيان مايستأجره له فى الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ، ومن ثم حمل العقد على المعهود فى مثلها من سكانها ، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد فى مثلها

(فرع) إذا استأجر رجلا للحج فارتكب ما يوجب الفدية ، كمس الطيب ولبس المخيط فى الاحرام ، فعلى الأجير الفدية من ماله ، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج اليه فيلزمه الفدية فى ماله والمضى فى فاسده والقضاء ، وهذا هو الذى قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعى . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء ، بل يبقى صحيحا واقعاً عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره . وبهذا القول قال المزنى . ولكن المذهب الأول .

قال الشافعى رضى الله عنه : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط اه . فإن أحرم منه فقد فعل واجباً ؛ وان أحرم قبله فقد زاد خيراً كما قال أبو حامد الاسفراينى وغيره .

أما اذا عدل الأجير عن الميقات المعتبر الى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب الى مكة فطريقان أصحهما وهو المنصوص فى الأم وبه قطع البندنيجى والجمهور أنه لا شىء عليه .

وحكى القاضى حسين والبغوى وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووى فى الحج أصحهما أنه لا شىء عليه لانه قائم مقام الميقات المعتبر . والثانى أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده . وهذا القول الثانى يعتبر الشرط فى تعيين المكان .

أما إذا اتفقا على تعيين موضع آخر ، فان كان أقرب الى مكة من الشرعى فالشرط فاسد يفسد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الأجير الاحرام منها وفاء بالشرط ، فان جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان (أصحهما) كما هو منصوص : عليه الدم لأنه جاوز الميقات المشروط فأشبه مجاوزة الميقات الشرعى (والثانى) لا دم ، فان قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الأجرة .

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع — إذا قلنا : لا دم فيهما — لزمه رد شيء من الأجرة بقسطه بلا خلاف فإن لزمه بفعل محظور كاللبس والقلم والطيب لم يحط عنه شيء من الأجرة بلا خلاف . نقل الغزالى وغيره الاتفاق عليه

فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمتثل وتارة يعدل ، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران ؟ وجهان (أصحهما) على المستأجر ، ولو شرطاه على الاجير فقد نص الشافعى على فساد الاجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم ، وبين الاجارة .

فاذا قلنا بالأصح إنه على الاجير ، فان كان معسراً فعليه الصوم الايام الثلاثة فى الحج ؛ لان الذى فى الحج منهما هو الاجير وعلى المستأجر الاجرة بكمالها. هذا وقد أفرد الامام النووى رضى الله عنه فى كتاب الحج من المجموع فصلا عن الاجير أوفى والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف المتكاريين

إذا اختلف المتكاريان فى مقدار المنفعة أو قدر الأجرة ولم تكن بينة تحالفا لانه عقد معاوضة فأشبه البيع واذا تحالفا كان الحكم فى فسخ الاجارة كالحكم فى البيع ، لان الاجارة كالبيع ، فكان حكمها فى الفسخ كالحكم فى البيع . فان اختلفا فى التعدى فى العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستاجر ، فالقول قول المستأجر ، لان الاصل عدم العدوان ، والبراءة من الضمان ، فان اختلفا فى الرد فادعاه المستاجر وأنكره المؤجر ، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه ، لأن المستأجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير ، وان اختلف الاجير المشترك والمستأجر فى رد العين فادعى الاجير أنه ردها وأنكر المستاجر فان قلنا : ان الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله فى الرد ، لانه ضامن فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير والغاصب .

وان قلنا : انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله فى الرد ؟ فيه وجهان كالوكيل بجعل ؛ وقد مضى توجيههما فى الوكالة ، وان هلكت العين فادعى الاجير أنها هلكت بعد العمل ، وأنه يستحق الأجرة وأنكر المستاجر . فالقول قول المستأجر ، لان الاصل عدم العمل وعدم البدل .

(فصل) وان دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء ثم اختلفا فقال رب الثوب : أمرتك أن تقطعه قميصاً فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص . وقال الخياط بل أمرتنى أن أقطعه قباء فعليك الاجرة ، فقد حكى الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين قول ابن أبى ليلى أن القول قول الخياط . وقول أبى حنيفة رحمة الله عليه أن القول قول رب الثوب ، ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول .

وقال فى كتاب الأجير والمستاجر : اذا دفع اليه ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أخضر فقال : أمرتك أن تصبغه أحمر ، فقال الصباغ : بل أمرتنى أن أصبغه أخضر ، أنهما يتحالفان .

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال (أحدها) أن القول قول الخياط ، لانه مأذون له فى القطع فكان القول قوله فى صفته (والثانى) أن القول قول رب الثوب ، كما لو اختلفا فى أصل الاذن (والثالث) أنهما يتحالفان وهو الصحيح ، لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعى الأرش والخياط ينكره ، والخياط يدعى الاجرة وصاحب الثوب ينكره فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن .

ومن أصحابنا من قال : المسئلة على القولين المذكورين فى اختلاف العراقيين وهو قول أبى العباس وأبى اسحاق وأبى على بن أبى هريرة والقاضى أبى حامد . ومن أصحابنا من قال : هى على قول واحد أنهما يتحالفان ، وهو قول أبى حامد الاسفراينى لان الشافعى رحمه الله ذكر القولين الاولين ، ثم قال وكلاهما مدخول فان قلنا : ان القول قول الخياط حلف لم يلزمه أرش النقص ، لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون له فيه ، وهل يستحق الاجرة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يستحق الاجرة ، لان قوله قبل فى سقوط الغرم لانه منكر . فأما فى الاجرة فانه مدع فلم يقبل قوله .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : ان له الاجرة لانا قبلنا قوله فى الاذن ، فعلى هذا هل يجب المسمى أو أجرة المثل فيه وجهان أحدهما يجب المسمى لانا قبلنا قوله أنه أذن له فوجب ما اقتضاه (والثانى) يجب له أجرة المثل لانا اذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعى ألفاً وأجرة مثله درهم .

(وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب حلف لم تجب الاجرة لانه فعل مالم يؤذن فيه ويلزمه أرش القطع لانه قطع مالم يكن له قطعه . وفى قدر الارش قولان (أحدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا وصحيحاً لأنا حكمنا أنه لم يؤذن له فى القطع فلزمه أرش القطع (والثانى) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصاً وبين قيمته مقطوعا قباء ، لانه قد أذن له فى القطع ، وانما حصلت المخالفة فى الزيادة فلزمه أرش الزيادة ، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شىء .

واذا قلنا : انهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الاجرة ، لان التحالف يوجب رفع العقد، والخياطة من غير عقد لا توجب الاجرة وهل يجب أرش القطع فيه قولان

(أحدهما) يجب ، لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئا كالمتبايعين (والثانى) أنه يجب أرش النقص لأنا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف ، فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه أرشه . ومتى قلنا إنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط ، لأنه أخذ بدلها ، فإن قلنا : لا يستحق الأجرة فله أن يأخذ خيوطه ، لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اختلف الرجلان فى الكراء وتصادقا فى العمل تحالفا ؛ وكان للعامل أجر مثله فيما عمل ، قال وإذا اختلفا فى الصفة فقال : أمرتك أن تصبغه أصفر أو تخيط قميصا فخطته قباء . وقال الصانع عملت ما قلت لى ، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا أجر له ، وإن زاد الصبغ فيه كان شريكا بما زاد الصبغ فى الثوب ، وإن نقصت منه فلا ضمان عليه ولا أجر له .

وقال الربيع : الذى يأخذ به الشافعى فى هذا أن القول قول رب الثوب وعلى الصانع ما نقص الثوب ، وإن كان نقصه شيئاً لأنه مقر بأخذ الثوب صحيحا ومدع على أنه أمره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البينة بما قال ، فإن لم يكن بينة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة ، وإن كانت زادت الصنعة فيه شيئا كان الصانع شريكا بها إن كانت عينا قائمة فيه مثل الصبغ ، ولا يأخذ من الأجرة شيئا ، فإن لم تكن عين قائمة فلا شىء له .

وقال فى اختلاف العراقيين : وإذا اختلف الاجير والمستأجر فى الاجرة ، فان أبا حنيفة كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا يأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : القول قول الاجير فيما بينه وبين أجرة مثله ، إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا فى قول أبى حنيفة . وينبغى كذلك فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شيئا متقاربا قبلت قول المستأجر وأحلفته ، واذا تفاوت لم أقبل وجعلت للعامل أجر مثله إذا حلف .

فلو أعطاه ثوبا ليخيطه بعد قطعه، فخاطه قباء وقال أمرتنى بقطعه قباء ، فقال بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، لأنه منكر اذنه له فى قطعه قباء ، إذ هو المصدق فى أصل الإذن فكذا فى صفته

والقول الثانى : يتحالفان ، وانتصر الاسنوى له نقلا ومعنى ، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا ، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله ، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملى ، ونقل عن الإسنوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لانه بائع المنفعة .

قال النووى : ولا أجرة عليه - يعنى المؤجر - بعد حلفه ، وعلى الخياط أرش النقص لما ثبت من عدم الإذن ، والاصل الضمان ، وهو ما بين قيمته مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء كما رجحه السبكى . ولأن أصل القطع مأذون فيه ، وإن رجح الاسنوى كابن أبى عصرون . وجزم به القونوى والبارزى وغيرهما من شراح الحاوى وغيره أنه ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لانتفاء الاذن من أصله ولا يقدح فى ترجيح الاول عدم الأجرة له ، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان ؛ وللخياط نزع خيطه ، وعليه أرش نقص النزع إن حصل ، كما قاله الماوردى والرويانى فى البحر ؛ وله منع المالك من شد خيط فيه يجره مكانه . هكذا أفاده الشمس الرملى فى النهاية .

ويمكننا أن نستخلص مما مضى من أقاويل أنهما إذا اختلفا فى قدر الاجر فقال أجرتنيها سنة بدينار : قال بل بدينارين تحالفا ، ويبدأ بيمين الآجر ، وهو قول الشافعى وأحمد ، لان الاجارة نوع من البيع ؛ فاذا تحالفا قبل مضى شىء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وان رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وان فسخا العقد بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه ، وهذا قول أحمد وأصحابه ، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل ، وان كان عمله فالقول قول المستأجر لانه منكر للزيادة فى الاجر والقول قول المنكر

فاذا عرفنا أن الاجارة نوع من المبيع عرفنا أنهما يتحالفان عند اختلافهما فى العوض كالبيع ؛ وكما قبل أن يعمل العمل عند ابى حنيفة .

وقال ابن أبي موسى: القول قول المالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع

وقال الشافعي في أول اختلاف العراقيين: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً فخاطه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص. وقال الخياط أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول الخياط في ذلك، ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله فإن أبا حنيفة قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ، وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم. بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: لا ضمان عليهم، وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تجن أيديهم فيه. وقال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

وقال الشافعي: وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا ضمان على صانع ولا على أجير، فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع فلا مسألة فيه فهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده، ولأن الجناية لا تبطل عن أحد، وكذلك لو تعدوا ضمنوا.

قال الربيع: الذي يذهب اليه الشافعي فيما رأيت أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الضياع. اه. يعني خوفا من أن يتمادى الصناع في الاهمال فيفضي ذلك الى ضياع أموال الناس بفشو التلف بين أصحاب الحرف

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) إذا استأجر صانعا على عمل من خياطة أو صياغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الاجرة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعا فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الاجرة (والثاني) يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض كالمبيع في يد البائع.

(فصـل) وإن دفع ثوباً إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه .

أحدها : أنه تلزمه الأجرة ، وهو قول المزنى رحمه الله ، لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته .

والثانى : أنه إن قال له : خطه لزمه ، وإن بدأ الرجل فقال : أعطنى لأخيطه لم تلزمه وهو قول أبى إسحاق لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالأمر ؛ والعمل لا يلزم من غير أجرة فلزمته ، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم .

والثالث : أنه إذا كان الصانع معروفا بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، وإذا لم يكن معروفا بذلك لم يلزمه ؛ وهو قول أبى العباس ، لأنه إذا كان معروفا بأخذ الأجرة صار العرف فى حقه كالشرط ، وإن لم يكن معروفا لم يوجد ما يقتضى الأجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف .

والرابع : وهو المذهب : أنه لا يلزمه بحال ، لانه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض ، كما لو بذل طعامه لمن أكله ، وان نزل رجل فى سفينة ملاح بغير اذنه فحمله فيها الى بلد لزمه الاجرة ، لانه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير اذن فلزمه أجرتها ، وان نزل فيها عن اذنه ولم يذكر الاجرة ، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الاربعة فى الخياطة ، وبالله التوفيق .

(الشرح) قال الماوردى فى الحاوى الكبير : وليس لمؤجر الارض أن يحبس الأرض على المستأجر على دفع الأجرة ، ولا للجمال أن يحبس ما استؤجر على حمله من المبتاع ليأخذ الأجرة لأنه فى يده أمانة وليس برهن . فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صباغة هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك قياساً على ما ذكرنا ، والثانى : له ذلك لأن عمله ملك له كالبائع ؛ فاذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف ضمنه ، لانه لم يرهنه عنده ، ولا اذن له فى امساكه ، فلزمه الضمان كالغاصب ، وبهذا قال أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة .

(فرع) اذا عمل الصانع عملا لغيره باذنه كأن دفع ثوباً الى قصار ليقصره

أو الى خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجرة فلا أجرة له لتبرعه ، ولأنه لو قال : أسكني دارك شهراً فأسكنه لم يستحق عليه أجرة بالإجماع كما فى البحر والاوجه كما بحثه الأذرعى وجوبها فى قن ومحجور سفه لأنهما غير أهل للتبرع ومثلهما غير المكلف بالأولى . قال النووى : وقيل : له أجرة مثله ، وقيل : ان كان معروفا بذلك العمل بالاجرة فله والا فلا وقد يستحسن اه .

وصورة المسألة اذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك انما تعمل بأجر ، وكان الخياط والقصار متوفرين على ذلك وقد عرف عنهما الأجر الذى يأخذانه ، أو كان لصاحب الدكان لافتة سجل فيها أسعار أجرته كما يفعل الكواءون والحلاقون والخياطون والساعاتيون كان ذلك يجرى مجرى الإفهام الذى هو شرط عندنا فى صحة الاجارة .

وعند أصحاب أحمد أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد ، ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، اذا عرف هذا فإن فى المسألة أربعة أوجه .

(أحدها) وهو قول المزنى يستحق الاجر مطلقاً لأنه استهلك عمله فلزمه عوضه والثانى: التفريق بين طلب رب الثوب منه أن يخيطه وبين أن يطلب من رب الثوب أن يخيطه له ، فإذا قال له رب الثوب خط هذا لى فقد كلفه بعمل له مايقابله من الاجر فيلزمه لانه يأمره بالعمل والعمل لا يلزم بغير أجرة ، واذا قال الخائط أعطنى هذا الثوب لأخيطه لك لم تلزمه أجرته وهو قول أبى اسحاق المروزى ، حيث لم يأمره فليس ثم ما يوجب له الاجرة (والثالث) وهو قول أبى العباس بن سريج ، وهو الذى أخذ به أحمد وأصحابه ، وذكره النووى فى المنهاج بصيغة التمريض بقوله : وقيل وهو أنه اذا كان الصانع معروفا بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، والا لم يلزمه لان العرف يجرى مجرى الشرط (والرابع) وهو الظاهر من المذهب أنه لا أجرة له كمن قدم طعامه لمن يأكل فليس له أن يطلب ثمنه .

وخص المصنف والأصحاب السفينة اذا نزلها أو شحن فيها متاعة بغير اذن

الملاح فإنه يلزمه عوض استهلاك منفعة موضعه من السفينة . وقال الشمس الرملي وقد يستحسن ترجيحه لوضوح مدركه — وهو يقصد أن يكون الصانع معروفا بأخذ الاجرة — إذ هو العرف ، وهو يقوم مقام اللفظ كثيراً ، ونقل عن الأكثرين ، والمعتمد الأول ، فإن ذكر أجرة استحقها قطعاً إن صح العقد ، وإلا فأجرة المثل ، وأما إذا عرض كارضيك أو لا أخيبك أو ترى ما تحبه أو يسرك أو أطعمك فتجب أجرة المثل ، نعم فى الأخيرة يحسب على الأجير ما أطعمه إياه كما هو ظاهر ؛ وقد تجب من غير تعريض بها كما فى عامل الزكاة اكتفاء بثبوتها بالنص فكأنها مسماة شرعا ، وكعامل مساقاة عمل ماليس بلازم له بإذن المالك اكتفاء بذكر المقابل له فى الجملة

قال : ولا يستثنى وجوبها على داخل الحمام أو راكب السفينة مثلا من غير إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها اليه بخلافه بإذنه ، وسواء فى ذلك أسيّر السفينة بعلم مالكها أم لا . وقول ابن الرفعة فى المطلب لعله فيما إذا لم يعلم به مالكها حين سيرها ، وإلا فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالكها ، فإنه لا أجرة على مالكه ، ولا ضمان مردود ، فقد فرق العراقى بينهما بأن راكب السفينة بغير إذن غاصب للبقعة التى هو فيها ولو لم يسيّر، بخلاف واضع متاعه على الدابة لا يصير غاصباً لها بمجرد وضع متاعه ، ويفرق أيضا بأن مجرد العلم لا يسقط الأجرة ولا الضمان ، فإن السكوت على إتلاف المال لا يسقط الضمان ، وهو علم وزيادة ، ومالك الدابة بسبيل من إلقاء المتاع قبل تسييرها بخلافه فى راكب السفينة اه . قاله الرملي الصغير فى النهاية والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجعالة

يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملا من رد ضالة ورد آبق وبناء حائط وخياطة ثوب وكل ما يستأجر عليه من الأعمال ، والدليل عليه قوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » وروى أبو سعيد الخدرى « أن ناسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حيا من أحياء العرب فلم يقروهم ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق فقالوا لم تقرونا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلا فجعلوا لهم قطيع شاء فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فضحك وقال : ما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لى فيها بسهم ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك من رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه فجاز كالإجارة والمضاربة .

(فصل) ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية ، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله ، فجاز من غير تعيين ، وروى المزنى فى المختصر عن الشافعى رحمه الله فى المنثور أنه قال إذا قال أول من يحج عنى فله مائة فحج عنه رجل أنه يستحق المائة . وقال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل لأنه إجارة فلم تصح من غير تعيين ، وهذا خطأ ، لأن ذلك جعالة ، وقد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل .

(فصل) وتجوز على عمل مجهول للآية ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة ، ولا تجوز إلا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح ، فإن شرط له جعلا مجهولا فعمل استحق أجرة المثل ، لأن كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب المثل فى فاسده ، كالبيع والنكاح .

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال ، فأما إذا عمل له عملا من غير إذنه بأن وجد له آبقا لجاء به ، أو ضالة فردها اليه ، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعته من غير عوض ، فلم يستحق العوض ، فإن عمل بإذنه ولم يشرط له الجعل ، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة ، فإن أذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل ، لأنه استهلك منفعته بعوض فاستحق العوض كالاجير ، فان نادى فقال : من رد عبدى فله دينار فرده من لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لانه متطوع بالرد من غير بدل ؛ فان أبق عبد لرجل فنادى غيره أن من رد عبد فلان فله دينار ، فرده رجل وجب الدينار على المنادى ، لانه ضمن العوض فلزمه ، فان قال في النداء : قال فلان : من رد عبدى فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادى ، لانه لم يضمن . وإنما حكى قول غيره .

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل ، فان شرط له جعلا على رد الآبق فرده إلى باب الدار ففر منه أو مات قبل أن يسلمه لم يستحق شيئا من الجعل ، لان المقصود هو الرد ، والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء ، وإن قال : من رد عبدى الآبق من البصرة فله دينار وهو ببغداد فرده رجل من واسط ، استحق نصف الدينار ، لانه رد من نصف الطريق ، وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار ، لانه لم يضمن له لما زاد شيئاً .

وإن أبق له عبدان فقال من ردهما فله دينار ، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل . وإن قال : من رد عبدى فله دينار ، فاشترك في رده اثنان اشتركا في الدينار ، لانهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل وإن قال لرجل : إن رددت عبدى فلك دينار ، وقال لآخر : إن رددته فلك ديناران ، فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له ، وإن جعل لاحدهما ديناراً وللآخر ثوباً مجهولا فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل ، لأن الدينار جعل صحيح ، فاستحق نصفه ، والثوب جعل باطل فاستحق نصف أجرة المثل ، وان قال لرجل إن رددت عبدى فلك دينار فشاركه غيره في رده ، فان قال : شاركته معاونة له كان الدينار للعامل

لأن العمل كله له فكان الجعل كله له ، وان قال شاركته لأشاركه فى الجعل كان للعامل نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولا شىء للشريك لأنه لم يشرط له شيئا .

(الشرح) هى بتثليث الجيم عند ابن مالك وغيره . واقتصر النووى والجوهرى والفيومى صاحب المصباح على كسرها ، وابن الرفعة فى الكفاية والمطلب على فتحها ؛ وهى لغة اسم لما يجعله الانسان لغيره على شىء يفعله ، وكذا الجُعْل والجعيلة ، وأما تعريفها شرعا فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول .

وقد أورد المصنف الجعالة عقب الاجارة ؛ وكذلك فعل النووى فى الروضة وصاحب الشرح ، لأن التلازم بين الاجارة والجعالة واضح ، لأنها عقد على عمل ، إلا أن اكثر المصنفين فى الفقه جعلوها بعد اللقطة ، لأنها طلب التقاط الدابة الضالة .

وقد استدل المصنف على أنها من العقود الجائزة بقوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير » واعتبر الرملى سوقه الاية استئناسا وليس استدلالا ، وعلل ذلك الشبراملسى فى حاشيته على النهاية هذه العبارة بأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا وإن ورد فى شرعنا ما يقرره .

أما الحديث الذى ساقه المصنف عن أبى سعيد فقد رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه ، وأتم هذه الطرق جميعاً رواية البخارى ولفظها « انطلق نفر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم ، فلدغ سيد ذلك الحى فسعوا له بكل شىء ، لا ينفعه شىء ؛ فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شىء ، فأتوهم فقالوا : يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شىء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شىء؟ قال بعضهم إنى والله لأرقى ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا ، فصالحوهم على قطيع من غنم فانطلق يتفل عليه ، ويقرأ الحمد لله

رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ، فانطلق يمشى وما به قلبة ، قال فأوفوهم جعلهم الذى صالحوهم عليه ، فقال بعضهم : اقتسموا ، فقال الذى رقى : لا تفعلوا حتى نأتى النبى صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذى كان ، فننظر الذى يأمرنا ، فقدموا على النبى صلى الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال : وما يدريك أنها رقية ؟ ثم قال : قد أصبتم واضربوا لى معكم سهما ، وضحك النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد روى البخارى رواية عن ابن عباس بلفظ « أن نفراً من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال : هل فيكم من راق فإن فى الماء رجلا لديغا أو سليما ، فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء ، فجاء بالشاء إلى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا : أخذت على كتاب الله أجراً ؟ حتى قدموا المدينة فقالوا : يا رسول الله أخذ على كتاب الله أجراً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »

قوله « فاستضافوهم » فى رواية للترمذى أنهم ثلاثون رجلا . وقد روى الحاكم رواية أبى سعيد الخدرى على أنه هو الراقى ، وهى على شرط مسلم . قال الزركشى : ويستنبط منه جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية وان لم يذكروه . وهو متجه ان حصل به تعب والا فلا أخذاً مما يأتى .

على أن الإجماع منعقد على جوازها لما تدعو اليه الحاجة من ضالة ، أو عمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به ، ولا تصح الاجارة عليه لجهالة ، فجاز أن يجعل له جعلا كالاجارة والقراض . وأركان الجعالة أربعة : صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض .

ولما كان الجعل لا يستحق الا باذن صاحب المال كالاجارة ، فانه فارق الاجارة فى استحقاقه بالعمل ، أما الاجارة فانها تستحق بالعقد ، لأنه لو قال : من رد على ضالتى فله درهم قبلها بطل ، هكذا أفاده الغزالى فى كتاب الدور ، وعدم اشتراط قبضه فى المجلس مطلقا ، ويشترط فى الملتزم للجعل مالكا أو غيره أن يكون مطلق التصرف كما فى الاجارة فلا يصح بالتزام الصبى أو المحجور عليه لسفه أو الجنون . كما يشترط فى العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادراً عليه ولا

تشترط الحرية وغير المكلف ، وأن يقوم بالعمل بإذن وبغير اذن ، كما قال ذلك السبكى خلافا لابن الرفعة فى اشتراط اذن السيد ، ويخرج بذلك العاجز عن العمل كالصغير والضعيف اذا غلبهما العمل ، فأشبه استئجار الأعمى للحراسة . هكذا أفاده الزركشى وابن العماد

ونقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه اذا قال المعضوب : من حج عنى فله مائة درهم ، فحج عنه انسان استحق المائة .

قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الاجر . هذا كلام الشافعى والمزنى ؛ والمسألة التى ساقها المصنف ذكر النووى رضى الله عنه أن للأصحاب فيها ثلاثة أوجه الصحيح وقوع الحج عن المستأجر ويستحق الاجرة المسماة . وبهذا نص الشافعى واختاره النووى ، لأنه جعالة وليس باجارة . والجعالة تجوز على عمل مجهول ؛ فمن باب أولى المعلوم . (والثانى) وهو اختيار المزنى : أنه يقع عن المستأجر ويستحق الاجير أجرة المثل لا المسمى . وقد حكى امام الحرمين ان معظم الأصحاب مالوا الى هذا . قال النووى : وليس كما قال . وهذا القائل يقول : لا تجوز الجعالة على عمل معلوم لأنه يمكن الاستئجار عليه .

(والثالث) أنه يفسد الاذن ويقع الحج عن الاجير ، لأن الاذن غير متوجه الى انسان بعينه ، فهو كما لو قال : وكلت من أراد بيع دارى فى بيعها . فالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتماداً على هذا التوكيل . وهذا الوجه حكاه الرافعى . وذكر امام الحرمين أن شيخ والده أبا محمد أشار اليه فقال : لا يمتنع أن يحكم بفساد الاذن ، وهذا الوجه ضعيف جداً بل باطل مخالف للنص والمذهب والدليل . فاذا قلنا بالمذهب والمنصوص . فقال من حج عنى فله مائة درهم فسمعه رجلان وأحرما عنه .

قال القاضى حسين والأصحاب : ان سبق احرام أحدهما وقع عن المستأجر القائل ويستحق السابق المائة . واحرام الثانى يقع عن نفسه لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر فصار كمن عقد نكاح أختين بعقد واحد .

ولو قال من حج عنى فله مائة دينار فحج عنه رجلان . أحدهما بعد الاخر .

وقع إحرام السابق بالإحرام عن المستأجر القائل وله عليه المائة . ولو أحرما معاً وقع حج كل منهما عن نفسه ولا شيء لهما على القائل ، لأنه ليس فيهما أول . ولو كان العوض مجهولا بأن قال : من حج عني فله ثوب أو دراهم أو ناقة وقع الحج عن القائل بأجرة المثل .

(فرع) استدل المصنف من قوله تعالى « ولمن جاء به » على جواز عقدها لغير المعين ، كما في المثال الذي سبق فيمن يحج عنه ، كما استدل بالآية أيضا على جوازها على عمل مجهول . وكذلك لو قال : من رد ضالتي من سامعي ندائي فله كذا فرده من علم نداءه ولم يسمع منه لم يستحق ، هكذا أفاده الماوردي وصرح بمثله القاضي حسين .

قال الاذرعي ، وقول القاضي فان رده بنفسه أو بعبده استحق ، يفهم عدم الاستحقاق اذا استقل العبد بالرد . قال النووي ، ولو قال أجنبي من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الاجنبي . قال الرملي استحقه الراد العالم به على الاجنبي لأنه التزمه فصار كخلع الاجنبي؛ وكما لو التمس إلقاء متاع غيره في البحر لخوف الهلاك وعليه ضمانه .

إذا ثبت هذا فان العامل بلا إذن لا يستحق الجعالة ، لأنه لو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له — ولو كان معروفا برد الضال بعوض — لأنه لم يلتزم عوضا له فوقع عمله تبرعا . وقال الشبراملسي عند قوله « فلو عمل أحد بلا إذن فقال ومن ذلك ما جرت به العادة في قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة الجرين نهارا وجماعة اعتادوا حراسته ليلا ، فان اتفقت معاقدتهم على شيء من أهل الجرين أو من بعضهم باذن الباقين لهم في العقد استحق الحارسون ما شرط لهم ان كانت الجعالة صحيحة وإلا فأجرة المثل

وأما ان باشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتماداً على ما سبق من دفع أرباب الزرع للحارس سهماً معلوما عندهم لم يستحقوا شيئا . وليس كما لو التزم الثمن في شراء غيره أو الثواب في هبة غيره ، لأنه عوض تمليك فلا يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك ؛ والجعل ليس عوض تمليك .

واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول

الأجنبي بل يضمنه فكيف يستحق الأجرة . وأجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن فى ذلك لأن المالك راض به قطعاً ، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء فى الرد والتزم الأجنبي بالجعل ، أو يكون الأجنبي ولاية على المالك ، وقد يصور أيضا بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه . وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل عليّ .

قال الرملي : وهو كذلك فقد قال الخوارزمي فى الكافى : ولو قال الفضولي : من رد عبد فلان فله عليّ دينار ؛ أو قال فله دينار ، فمن رده استحق على الفضولي ما سمى . وصرح به ابن يونس فى شرح التعجيز ، فانه صور المسألة بما إذا قال على ثم قال وألحق الأئمة به قوله فله كذا . وإن لم يقل عليّ ، لأن ظاهره التزام . ولو قال أحد الشريكين فى رقيق : من رد رقيقي فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل . وصورة المسألة إذا لم يكن القائل وليّ المالك . فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه الراد فى مال المالك بمقتضى قول وليه ، ويعلم مما تقرر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه . فلو قال لشخص معين : إن رددت على ضالتى فلك كذا لم يتعين عليه السعى بنفسه ، بل له أن يستعين بغيره ، فإذا حصل الفعل استحق الأجرة . قاله الغزالى فى البسيط

قال الرملي : وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره فى الرد كتوكيل الوكيل فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يليق به كما يستعين به ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره ، كالتوكيل فى الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز ، فعلم أن العامل المعين لا يستنيب فيها إلا إن عذر وعلم به الجاعل حال الجعالة . اه

(فرع) تصح الجعالة على عمل مجهول كما ذكر ذلك المصنف لأن الجهالة احتملت فى القراض لحصول زيادة ، فاحتمالها فى رد الحاصل أولى ، وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به ، وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة . أما صحتها على المعلوم فأولى . ومثال ذلك قوله : من رد عليّ ضالتى من مكان كذا فله كذا ، وهذا هو الأصح ،

(والثانى) المنع للاستغناء عنه بالإجارة ، وقد عرفت أنه لا بد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة ، كرد آبق أو ضال ، أو أداء حج أو خياطة ثوب أو تعليم علم أو حرفة ، أو إخبار فيه غرض وصدق فيه . فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه فلا شيء له ، إذ مالا كلفة فيه لا يقابل بعوض

فلو قال من دلنى على مالى فله كذا فدله غير من هو بيده استحق ، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة . قال الأذرعى ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك . أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما ويلزم عدم التوقيت فى الجعالة . لأنه لو قال من رد علىّ ضالتى الى شهر كذا فله كذا لم يصح كما فى القراض ، لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد ، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض ، سواء أضم اليه من محل كذا أم لا ، وغير واجب على العامل .

فلو قال من دلنى على مالى فله كذا فدله مَن المال فى يده لم يستحق شيئا لأن ذلك واجب عليه شرعا ؛ فلا يأخذ عليه عوضا . وكذا لو قال من رد مالى فله كذا فرده من هو فى يده ويجب عليه رده . وقضيته أنه لو كان الدال أو الراد غير مكلف استحق .

وقد أفتى الإمام النووى كما حكى ذلك صاحب نهاية المحتاج فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه وغيره بأنها جعالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعه ، ثم قال وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا

(قلت) فإذا كان العرف هو الذى يبنى عليه حد الإباحة والمنع فى الجعالة فمقتضى العرف الذى نعلمه اليوم أن ذلك رشوة ، فإذا كان صاحب جاه يستطيع أن يرفع ظلما وقع على إنسان بجاهه وجب عليه العمل على رفعه ، وبذلك تبطل الجعالة ، لأنها لا تكون إلا عوضا عما لا يجب على العامل . ومقتضى النصيحة والعمل لإحقاق الحق الذى يلزم كل مسلم يمنع هذه الصورة التى أفتى بها النووى رحمه الله تعالى .

ولأنهم قالوا إن السعى والعمل وبذل المجهود هى مع حصول المقصود توجب

الجعالة ، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملا تافهاً لا جهد فيه ولا سعى فلا يستحق عليه جعلا ، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به فى رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكلمة هل يحل له أن يأخذ جعالة ؟ إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك . ولا أعلم فى ذلك خلافاً فى الأصل الذى بنينا عليه ، لأنه يستمد قوته من قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين »

ويشترط لصحة العقد كون الجعل مالا معلوماً لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جوز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ؛ ولأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد فى العمل مع جهالة العوض ، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معينا ، وبالوصف إن كان فى الذمة . فلو قال : من رد ضالتى فله ما حملت ، وكان ما تحمله معروفا كسرجها ولجامها أو شيئا آخر تنقله ضلت به وكان معروفا للعامل ،

واستشكل ابن الرفعة اعتبار الوصف فى المعين لأنهم منعوه فى البيع والاجارة وغيرهما .

قال البلقينى : ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع ، وقياسه صحته فله نصفه إن علم ، وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين . وما قاسه عليه الرافعى من استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه فى الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءاً من الرضيع بعد الفطام يقتضى تأجيل ملكه ، وهنا إنما تملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع فى مشترك ، كذا أفاده الرملى

(فرع) إذا قال : من رد على ضالتى من بلد كذا فرده من جهة ذلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها . أما اذا قال : من رده من بلد كذا فرده من أقرب منه فلا يستحق الا قسطه من الجعل ، لأنه جعل كل الجعل فى مقابلة العمل ، فبعضه فى مقابلة بعضه ، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل .

فإذا كانت الطريق غير متساوية فى الحزونة والسهولة بأن كان النصف الذى قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجرة النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل . فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى . ولو رد من البلد المعين ، ورأى المالك فى نصف الطريق فدفعه اليه استحق نصف الجعل .

ولو قال : من رد علىّ ضالتىّ فله كذا ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل ، استوت قيمة الضالتين أو اختلفت .

ولو قال لرجلين ان رددتما ضالتىّ فلكما كذا فرد أحدهما احداهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو رداهما استحقا المسمى .

ولو قال أول من يرد ضالتى فله كذا فرداها استحقا المسمى مناصفة لو صفهما بالاولية فى الرد .

ولو قال لكل واحد من ثلاثة ردها ولك دينار ، فردوها جميعا استحق كل واحد منهم ثلث دينار توزيعا بالحصص على الرءوس . هذا اذا عمل كل منهم لنفسه ليأخذ الدينار .

أما لو قال : أعنت صاحبىّ فلا شىء له ويقتسمان فى الدينار ؛ أو قال اثنان ذلك أخذ الثالث الدينار وحده ولا شىء لهما وللآخر جميع المشروط ، فان شاركهم رابع فلا شىء له .

أما اذا قصد بمعاونته المالك أو أخذ الجعل منه فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط ؛ فان أعانا أحدهم فلكل واحد من الإثنين ربع المشروط وللمعاوَن — بفتح الواو — النصف ، فان شرط لأحدهم جعلا مجهولا ، ولكل من الآخرين ديناراً فردوه فله ثلث أجرة المثل ولهما ثلثا المسمى . وهكذا قال النووى اذا اشترك اثنان فى رده اشتركا فى الجعل . ولو التزم جعلا لمعين فشاركه غيره فى العمل ان قصد اعانته فله كل الجعل .

* * *

وهنا يقول صاحب النهاية : لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأى وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيما إذا أذن لمعين فرد نائبه مع قدرته ، لأن المالك لم يأذن فيه أصلا . ولا شيء للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجرة ، ويؤخذ من كلامهم هنا ، وفى المساقاة كما أفاده السبكى جواز الاستنابة فى الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التى تقبل النيابة ، أى ولو بدون عذر فيما يظهر ، ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيراً منه ؛ ويستحق المستنيب جميع المعلوم ، وان أفتى ابن عبد السلام والنووى بأنه لا يستحقه واحد منهما ، إذ المستنيب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر ، فلا ولاية له ، وما نازع به الأذرعى من كون ذلك سبباً لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائما مما أرصد للمناصب الدينية ، واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنذر يسير .

قال غيره : وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيراً منه .

ولو قال لواحد : إن رددته فلك دينار . وقال لآخر : إن رددته أرضيك ، أو أحلى بالحلوى فمك ، فرداه ، فللأول نصف الدينار ، وللآخر نصف أجرة مثل عمله .

وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام :

(أحدها) لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والاجارة والسلم والصلح والحواله والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع ، ولازم من أحدهما قطعاً ، ومن الاخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعا ، ومن جهة الزوج على الاصح ، وقدرته على الطلاق ليست فسخا .

(ثانيها) لازم من أحد الطرفين جائز من الاخر قطعا كالكتابة ، والرهن وهبة الاصول للفروع بعد القبض والضمان والكفاله .

(ثالثها) جائز من الطرفين كالشركة والوكاله والعارية والوديعة ، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض ، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة : فإن فسخ العامل لم يستحق شيئا لان الجعل يستحق بالفراغ من العمل ، وقد تركه فسقط حقه ، وإن فسخ رب المال ، فان كان قبل العمل لم يلزمه شيء ، لانه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل فلم يلزمه شيء ، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل ، وإن كان بعد ما شرع فى العمل لزمه أجرة المثل لما عمل ، لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته ، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع فى العمل .

(فصل) وتجوز الزيادة والنقصان فى الجعل قبل العمل ، فان قال : من رد عبدى فله دينار : ثم قال : من رده فله عشرة ، فرده رجل استحق عشرة ، وان قال : من رد عبدى فله عشرة ، ثم قال : من رده فله دينار ، استحق الدينار ، لأنه مال بذل فى مقابلة عمل فى عقد جائز فجائز والزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح فى المضاربة .

(فصل) وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل : شرطت لى الجعل وأنكر رب المال ، فالقول قول رب المال ؛ لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان ، وان اختلفا فى عين العبد فقال السيد : شرطت الجعل فى رد غيره .

وقال العامل : بل شرطت الجعل فى رده ، فالقول قول المالك ، لأن العامل يدعى عليه شرط الجعل فى عقد ، الأصل عدمه ، فكان القول فيه قوله ، وان اختلفا فى قدر الجعل تحالفا كما قلنا فى البيع ، فاذا تحالفا رجع الى أجرة المثل كما رجع فى البيع بعد هلاك السلعة الى قيمة العين .

وان اختلف العامل والعبد فقال العامل : أنا رددته . وقال العبد جئت بنفسى وصدقه المولى ، فالقول قول المولى مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرد ، وعدم وجوب الجعل ، وبالله التوفيق .

(الشرح) قلنا : ان العقود منها الجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعاريه

والوديعة (والجعالة قبل الفراغ من العمل) ومن ثم يجوز لأى منهما الفسخ قبل تمام العمل ، لأنه عقد جائز من الطرفين ، أما من جهة الجاعل فمن حيث إنها تعلق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية .

وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالقراض ، وإنما يتصور الفسخ من العامل فى الابتداء إذا كان معينا بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه فى العمل ، والمراد بالفسخ رفع العقد ورده ، وخرج بقوله : قبل العمل ، ما بعده ، فإنه لا أثر للفسخ ، لأن الجعل قد لزم واستقر ، وعلم من جوازها انفساخها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه . فلو مات المالك بعد الشروع فى العمل فرده إلى وارثه استحق قسط ما عمله فى الحياة من المسمى .

وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضا ، فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شىء له ، لأنه لم يعمل شيئا فى الأولى ، ولأن الجعل إنما يستحق فى الثانية بتمام العمل ؛ وقد فوته باختياره .

وان فسخ المالك بعد الشروع فى العمل فعليه أجرة المثل لما مضى فى الأصح لان جوازه يقتضى التسلط على رفعه ، واذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترما فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالاجارة اذا فسخت بعيب .

والثانى : لا شىء للعامل كما لو فسخ بنفسه ، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلا كرد الضال الى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال : ان علمت ابنى القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ولا يشكل ما رجحوه هنا كما يقول الرملى من استحقاق أجرة المثل بقولهم : اذا مات العامل أو المالك فى أثناء العمل حيث ينفسخ ويجب القسط من المسمى لان الجاعل أسقط حكم المسمى فى مسئلتنا بفسخه بخلافه فى تلك ، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل فى الانفساخ تمم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه

بخلافه فى الفسخ . محل نظر ، إذ لا أثر له فى الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ، ومن أجرة المثل أخرى كما هو ظاهر المتأمل .

(فرع)

ويجوز للمالك أن يزيد وينقص فى العمل وفى الجعل ولو من غير جنسه ونوعه قبل الفراغ كالمبيع فى زمن الخيار ، سواء ما قبل الشروع فى العمل أو بعده ، لانه عقد جائز ، ولو قال : من رد ضالتى فله عشرة ، ثم قال من ردها فله خمسة أو عكس فالاعتبار بالأخير من قوليه . أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجرة المثل له ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ فى أثناء العمل يقتضى الرجوع إلى أجرة المثل ، ومحله قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير ، فإن لم يعلم به فيما اذا كان معيناً ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين . هكذا أفاده فى النهاية .

وقال الغزالى فى الوسيط : ينقدح أن يقال : يستحق أجرة المثل وهو الراجح وقال الماوردى والرويانى وأقره السبكى : يستحق الجعل الأول ، كما أقر ذلك البلقينى وغيره ، فعلى الأول لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ، ومن سمع النداء الثانى استحق الأول نصف أجرة المثل والثانى نصف المسمى الثانى ، وعلى قول الماوردى والرويانى والسبكى والبلقينى للأول نصف الجعل الأول وللثانى نصف الثانى .

أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر ، لان المال قد لزم ، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ، ولهذا قال النووى : ولو مات الآبق فى بعض الطريق أو هرب فلا شىء للعامل .

قال الشراح : لانه لم يرده والاستحقاق معلق بالرد ، ويخالف موت أجير الحج فى أثناء العمل فإنه يستحق من الاجرة بقدر ما عمله فى الاصح لان القصد بالحج الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض ، والقصد هنا الرد ولم يوجد ، ولو لم يجد المالك سلم المردود الى الحاكم واستحق الجعل ، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه . ويجرى ذلك فى سائر ما يتلف من محال الاعمال .

(فرع) اذا اختلف المالك والعامل فقد قال النووى رضى الله عنه يصدق المالك بيمينه اذا أنكر شرط الجعل أو سعى العامل اه .

والأول كأن يقول : ما شرطت الجعل ؛ أو شرطته فى شىء آخر .

والثانى كأن يقول : لم ترده أنت وانما رده غيرك ، أو عادت الضالة بنفسها من غير سعى منك ، لان الاصل عدم الرد والشرط وبراءة ذمته ، فلو اختلفا بعد الاستحقاق فى قدر الجعل أو جنسه أو صفته أو فى قدر العمل كأن قال شرطت مائة على رد ضالتين فقال العامل بل على رد هذا فقط تحالفا ، وللعامل أجرة المثل كما فى القراض والاجارة ، كل هذا اذا اختلفا بعد الفراغ من العمل والتسليم ، أو قبل الفراغ فيما اذا وجب للعامل قسطه من العمل الذى عمله وجعالة ، فان كان العمل مضبوطاً مقدراً فاجارة ولو احتاج الى تردد غير مضبوط فجعالة والمراد أنه يجوز عقد الاجارة فى الشق الاول دون الثانى ، ويد العامل على المأخوذ الى رده يد أمانة .

ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كأن خلاه بمضيعه ضمنه لتقصيره ، وان خلاه بلا تفريط كأن خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكه ، فان انفق عليه مدة الرد فمتبرع الا ان أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب السبق والرمى

تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل ، المضمرة منها ، من الحفيا إلى ثنية الوداع . وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق

وروى أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم كانت له ناقه يقال لها العضباء لا تُسبق ، فجاء أعرابى على قعود له فسبقها ، فشق ذلك على المسلمين ، فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة شيء إلا وضعه .

وروى سلمة بن الأكوع قال : أتى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نترامى فقال « حسن هذا لعباً ، ارموا يا بنى اسماعيل ، فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع ابن الأدرع ، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا غلب يارسول الله من كنت معه ، قال ارموا وأنا معكم جميعا » فإن كان ذلك للجهاد فهو مندوب اليه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » ألا إن القوة هى الرمى . قالها ثلاثا

وروى عقبة بن عامر قال ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ارموا واركبوا ، ولأن ترموا أحب إلىّ من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاثة ، ملاعبة الرجل أهله ، وتأديبه فرسه ، ورميه بقوسه . ومن علمه الله الرمى فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها ، وان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير ، والرامى ، ومنبله »

(فصل) ويجوز ذلك بعوض لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم . راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك وأعجبه ، والرهن

لا يكون إلا على عوض . ولأن في بذل العوض فيه تحريضـا على التعلم والاستعداد للجهاد .

(فصـل) ويجوز أن يكون العوض منهما ، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال ، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل فى سبيل الله ، ولا يجوز إلا على عوض معلوم إما معينا أو موصوفا فى الذمة ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز إلا على عوض معـلوم كالبيع ، ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عينا ودينا فجاز أن يكون حالا ومؤجلا كالثمن فى البيع .

(فصـل) فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجعالة ، وان كان منهما ففيه قولان

(أحدهما) أنه يلزم كالإجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالاجارة

(والثانى) أنه لا يلزم كالجعالة ، لأنه عقد يبذل العوض فيه على مالا يوثق به فلم يلزم كالجعالة . فان قلنا إنه كالإجارة كان حكمهما فى الرهن والضمين حكم الإجارة وحكمهما فى خيـار المجلس ، وخيار الشرط حكم الإجارة ، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه ، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه ، كما لا يجوز ذلك فى الإجارة .

وإن قلنا إنه كالجعالة كان حكمه فى الرهن والضمان حكم الجعالة ، وقد مضى ذلك فى كتاب الرهن والضمان ، فأما الفسخ والزيادة والنقصان — فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئتان فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص ، لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد فى فسخه والزيادة والنقصان فيه . وان كانا غير متكافئين نظرت ، فإن كان الذى له الفضل هو الذى يطلب الفسخ أو الزيادة جاز ، لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه فى الفسخ والزيادة فيه ، فملك الفسخ والزيادة فيه .

وان كان الذى عليه الفضل هو الذى يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان

(أحدهما) له ذلك ، لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه

(والثانى) ليس له لأنا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحداً ، لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه متفق عليه عند الشيخين ، ورواه أحمد وأبوداوود والترمذى والنسائى وابن ماجه بلفظ « سابق رسول الله (ص) بين الخيل فأرسلت التى ضمرت منها وأمدها الحفياء إلى ثنية الوداع ، والتى لم تضمر أمدها ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق »

وزاد البخارى قال : قال سفيان « من الحفياء الى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة . ومن ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق ميل .

وروى أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه عن ابن عمر « أن النبي (ص) سابق بين الخيل وفضل القُرَّح فى الغاية »

أما حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخارى بلفظ « كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة تسمى العضباء ، وكانت لا تسبق ، فجاء أعرابى على قعود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا : سُبقت العضباء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئا من الدنيا إلا وضعه »

أما حديث سلمة بن الأكوع فقد أخرجه أحمد والبخارى بلفظ « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون بالسوق فقال : ارموا يا بنى اسماعيل فإن أباكم كان راميا ، ارموا وأنا مع بنى فلان ، قال فأمسك أحد الفريقين بأيديهم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما لكم لا ترمون ؟ قالوا كيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال ارموا وأنا معكم »

وفى رواية عند ابن حبان والبزار عن أبى هريرة فى مثل هذه القصة « وأنا مع ابن الأدرع » وعند الطبرانى من حديث حمزة بن عمرو الاسلمى « وأنا مع محجن بن الادرع » وفى رواية « وأنا مع جماعتكم » وفى رواية للطبرانى : أنهم قالوا من كنت معه فقد غلب ، وكذا فى رواية ابن اسحاق »

أما حديث عقبة بن عامر الجهنى فقد رواه أحمد ومسلم ، ولفظه « سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة . ألا إن القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى وفيهما عنه رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم « من علم الرمى ثم تركه فليس منا »

وعنه أيضا عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعا « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة ، صانعه الذى يحتسب فى صنعته الخير ، والذى يجهز به فى سبيل الله . والذى يرمى به فى سبيل الله . وقال ارموا واركبوا . فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا . وقال كل شىء يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثا : رميه عن قوسه وتأديبه فرسه ، وملاعبته أهله ، فإنهن من الحق » وفى إسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال .

وقال فيه ابن حجر فى التقريب : خالد ابن زيد أو بن يزيد الجهنى عن عقبة فى الرمى ، مقبول من الثالثة .

قلت : وبقية إسناده ثقات ، وقد أخرجه الترمذى وابن ماجه من غير طريقه . وأخرجه أيضا ابن حبان ، وفى رواية أبى داود زيادة « ومن ترك الرمى بعدما علمه فإنها نعمة تركها »

وفى هذه الأحاديث وغيرها مما سيأتى فى موضعه دليل على جواز المسابقة ومشروعيتها على جعل وعلى غير جعل ، فإن كان الجعل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق جائزة جاز أو من أحدهما جاز عند الجمهور . وكذا إذا كان معهما ثالث محلل بشرط أن لا يخرج من عنده شيئا ليخرج العقد عن صورة القمار وعلى تفصيل سيأتى فى موضعه .

وقد وقع الاتفاق على جواز المسابقه بغير عوض لكن قصرها مالك والشافعى على الخف والحافر والنصل ، وخصه بعض العلماء بالخيل . وأجازه عطاء فى كل شىء .

وقد حكى عن أبى حنيفه أن عقد المسابقه على مال باطل . وحكى عن مالك أيضا أنه لا يجوز أن يكون العوض من غير الامام ، وحكى أيضا عن مالك وابن الصباغ وابن خيران أنه لا يصح بذل المال من جهتها وان دخل المحلل . وروى عن أحمد بن حنبل أنه لا يجوز السبق على الفيلة ، وروى عن أصحابنا أنه يجوز

على الأقدام مع العوض . وقوله « ضمرت » لفظ البخارى التى أضمرت والتى لم تضمر بسكون الضاد المعجمة والمراد به أن تعلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقلل علفها « بقدر القوت » وتدخل بيتاً وتغشى بالجلال حتى يحمى فتعرق ، فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجرى » هكذا فى الفتح والنهاية . وزاد فى الصحاح أربعين يوما . وقوله « الحفياء » بفتح فسكون بعد ياء ممدودة وقد تقصر . وحكى الحازمى تقديم الياء على الفاء ، وحكى القاضى عياض ضم أوله وخطأه . وقوله « ثنية الوداع [١] » من منعطفات الجبال قرب المدينة ، وكانوا يودعون الحاج منها .

وقوله « قعود » بفتح القاف ، وهو ما استحق الركوب من الإبل . وقال الجوهرى : هو البكر حتى يركب ، وأقل ذلك أن يكون ابن سنتين إلى أن يدخل فى السادسة فيسمى جملا . وقال الأزهرى : لا يقال إلا للذكر ؛ ولا يقال للأنثى قعودة ، وإنما يقال لها قلوص . قال وقد حكى الكسائى فى النوادر قعودة للقلوص وكلام الأكثر على غيره . وقال الخليل بن أحمد : القعودة من الإبل ما يقتعده الراعى لحمل متاعه .

قوله « تسمى العضباء » بفتح العين وسكون الضاد المعجمة ومد . قوله « وكانت لا تسبق » زاد البخارى : قال حميد : أو لا تكاد تسبق . شك منه وهو موصول بإسناد الحديث المذكور كما قاله ابن حجر . وقوله أن لا يرفع شيئا الخ فى رواية موسى بن اسماعيل : أن لا يرتفع . وكذلك فى رواية للبخارى ، وفى

(١) يزعم بعض من لم يرزق نعمة التمحيص والتحقيق أن الرسول (ص) دخل المدينة منها فى الهجرة اليها ، وقابله أهلها بقولهم « طلع البدر علينا من ثنيات الوداع » وهذا غير صحيح لأنه صلى الله عليه وسلم إنما دخلها من ثنية بنى النجار وهذه فى الجنوب وتلك فى شمال المدينة . وإنما قيلت هذه الأنشودة من جارية نذرت أن تضرب بين يديه فقال لها : إن كنت نذرت فافعلى ، فأخذت تضرب بالدف بين يديه وهى تغنى بها . هكذا رواها أبو داود وساقها النووى فى كتاب النذور من المجموع ، وورد أنها قيلت وهو عائد من غزاة تبوك . ولم يرد أنها قيلت فى الهجرة من طريق معتبر .

رواية للنسائى « أن لا يرفع شىء نفسه فى الدنيا » ولم أطلع على رواية فى طرق الحديث فيه لفظ « القذر » والله أعلم

فإذا عرف أن السبق والرمى قد ثبتا بالسنة المستفيضة عرف أيضا أنهما ثبتا بالإجماع ، والسبق والرماية عنصران فارهان من عناصر مكونات المرء المسلم القوى . وقد بلغ من حرص النبى صلى الله عليه وسلم على أن يهتم أصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصا جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويحث على حضورها ويقول صلى الله عليه وسلم « احضروا الهدف فإن الملائكة تحضره ، وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة »

قال الماوردى فى الحاوى الكبير : فإذا ثبت جواز السبق والرمى فهو مندوب اليه إن قصد به أهبة الجهاد ، ومباح إن قصد به غيره ، لأنه قد يكون عدة للجهاد ويجوز أخذ العوض فى المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنصفه . وحكى عن أبى حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال ، فمن متأخرى أصحابه من أنكره من مذهبه وجعله موافقا .

وقال مالك : إن أخرجه السلطان من بيت المال جاز ، وإن أخرجه المتسابقون المتناضلون لم يجز ، استدلالا بأمرين (أحدهما) أنه أخذ عوض على لعب فأشبه أخذه على اللهو والصراع (والثانى) أنه أخذ مال على غير بدل فأشبه القمار .

ودليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا سَبَق إلا فى خف أو حافر أو نصل . فلما استثناه فى الإباحه دل على اختصاصه بالعوض ، ولولا العوض لما احتاج الى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض . اه

وقول المصنف : لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه الخ . يؤخذ على المصنف فيه أمور :

(أحدها) أنه ساق الحديث بقوله روى بصيغة التمريض ، والحديث رواه أحمد فى مسنده والدارمى فى سننه والدارقطنى والبيهقى ، ولفظ أحمد بإسناده الى أنس وقيل له « أكنتم تراهنون على عهد رسول الله (ص) ؟ أكان رسول الله

صلى الله عليه وسلم يراهن ؟ قال : نعم والله لقد راهن على فرس يقال له : سبحة فسبق الناس فبهش (١) لذلك وأعجبه ، ورواية الدارمى والدارقطنى والبيهقى عن أبى لبيد قال : أتينا أنس بن مالك وأخرج نحوه البيهقى من طريق سليمان بن حزم عن حماد بن زيد أو سعيد بن زيد عن واصل مولى أبى عتبة قال حدثنى موسى بن عبيدة قال كنا فى الحجر بعد ما صلينا الغداة فلما أسفرنا إذا فينا عبد الله بن عمر فجعل يستقرئنا رجلا رجلا ويقول : صليت يا فلان حتى قال : أين صليت يا أبا عبيد ؟ فقلت : ههنا ، فقال : بخ بخ ، ما يعلم صـــلاة أفضل عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة ، فسألوه : أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم ، لقد راهن على فرس يقـال لها سبحة فجاءت سابقة ، ثانيها : أنه قال سئل عثمان ورواية أحمد السؤال كان موجها إلى أنس .

ورواية الدارمى والدارقطنى والبيهقى من حديث أبى لبيد قال : أتينا أنس بن مالك ، وأخرج نحوه البيهقى من طريق سليمان بن حزم التى أوردناها متصلة مسندة إلى ابن عمر وليس فى شىء منها سئل عثمان رضى الله عنه .

ثالثها . رواية بعض ألفـاظ الخبر بالمعنى كقوله . فهشى لذلك بحذف الباء ، وقد تكون هذه الأخيرة من أخطاء النساخ أو الطباعين . أما بعد

فإذا صح جواز السبق بعوض وغير عوض فهو بغير عوض من العقود الجائزة دون اللازمة ، وإن كان معقوداً على عوض ففى لزومه قولان .

(أحدهما) أنه من العقود اللازمة كالإجارة ، ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه إلا عن تراض منهما بقسمته ، ولا يدخله خيار الثلاث ، وفى دخول خيار المجلس فيه وجهان كالاجارة ، فإن شرعا فى السبق والرمى سقط خيار المجلس فيه لأن الشروع فى العمل رضى بالامضاء .

(والقول الثانى) أنه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة ، وبه قال أبو حنيفة ، ويكون كل واحد من المتسابقين قبل الشروع فى السبق وبعد الشروع فيه بالخيار مالم يستقر السبق وينبرم ، فان شرط فيه اللزوم بطل .

---

(١) بهش بالباء الموحدة والشين المعجمة أى هش وفرح .

فإن قيل بلزومه على القول الأول فدليله شيئان .

(أحدهما) أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوض ، فوجب أن يكون لازما كالاجارة طرداً والجعالة عكساً .

(والثانى) أن ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعا منه فى العقد ، وبقاء خياره فيه مفض إلى إبطال المقصود به ، لأنه إذا توجه السبق على أحدهما وفسخ لم يتوصل إلى سبق ولم يستحق فيه عوض ، والعقد موضوع لاستقراره واستحقاقه فنافاه الخيار وضاهأه اللزوم .

فإن قيل بجوازه على القول الثانى فدليله شيئان أحدهما أن ماصح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعاله طرداً ، لانه لا يثق بالغلبة فى السبق والرمى كما لا يثق بوجود الضالة فى الجعاله ، وعكسه الاجارة ، متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح العقد ، والثانى أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً ولا يكون لازماً وحاصل ذلك أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو فريقين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما ، فان كان من غيرهما نظرت ، فان كان من الامام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال ، لأن فى ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين ، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الامام ، لأن هذا مما يحتاج اليه للجهاد ، فاختص به الامام كتولية الولايات وتأمير الأمراء .

ولصحة العقد على السبق بالأعواض خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتكافآن به وجهان . أحدهما : وهو الظاهر من مذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه ، أن التكافؤ بالتجانس فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الاجناس

معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس على ما سيأتى قريبا . والوجه الثانى وهو قول أبى إسحاق المروزى أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس .

(والشرط الثانى) الاستباق عليها مركوبة لتنتهى إلى غايتها بتدبير راكبها فان شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالارسال ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية ، وأنها لا تتنافر فى طيرانها .

(والشرط الثالث) أن تكون الغاية معلومه لانها مستحقه فى عقد معاوضه فان وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يجز لأمرين ، أحدهما : جهالة الغايه . والثانى : لانه يفضى ذلك لاجرائهما حتى يعطبا ويتلفا .

(والشرط الرابع) أن تكون الغايه التى يمتد اليها شوطهما يحتملها الفرسان ولا ينقطعان فيها ، فان طالت عن انتهاء الفرسين اليها الا عن انقطاع وعطب بطل العقد لتحريم ما أفضى الى ذلك .

(والشرط الخامس) أن يكون العوض فيه معلوما كالاجور والأثمان ، فان أخرجه غير المتسابقين جاز أن يتساويا فيه ويتفاضلا ، لأن الباذل للسبق مخير بين القليل والكثير ؛ فجاز أن يكون مخير بين التساوى فى التفضيل ، ويجوز أن يتماثل جنس العوضين وان لم يختلف .

قال الشافعى رضى الله عنه : والاسباق ثلاثه سبق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعا به ، وذلك مثل أن يسبق بين الخيل من غايه الى غايه فيجعل للسابق شيئامعلوماوان شاء جعل للمصلى، والثالث والرابع والذى يليه بقدر ما رأى ، فما جعل لهم كان على ما جعل لهم ، وكان مأجوراً عليه أن يؤدى فيه وحلالا لمن أخذه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وتجوز المسابقه على الخيل والابل بعوض ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى (ص) قال « لا سبق الا فى نصل أو خف أو حافر » ولان

الخيل تقاتل عليها العرب والعجم والإبل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعوض واختلف قوله فى البغل والحمار ، فقال فى أحد القولين تجوز المسابقة عليهما بعوض لحديث أبى هريرة ؛ ولأنه ذو حافر أهلى فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل (والثانى) لا تجوز لأنه لا يصلح للكر والفر ، فأشبه البقر

واختلف أصحابنا فى المسابقة على الفيل بعوض ، فمنهم من قال : لا تجوز ، لأنه لا يصلح للكر والفر . ومنهم من قال : تجوز لحديث أبى هريرة . ولأنه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الإبل .

واختلفوا فى المسابقة على الحمام ، فمنهم من قال لا تجوز المسابقة عليها بعوض وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأنه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة عليه بعوض ، ومنهم من قال تجوز لأنه يستعان به على الحرب فى حمل الأخبار فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل .

واختلفوا فى سفن الحرب كالزبازب والشذوات . فمنهم من قال تجوز ، وهو قول أبى العباس ؛ لأنها فى قتال الماء كالخيل فى قتال الأرض ، ومنهم من قال لا تجوز ، لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها

واختلفوا فى المسابقة على الأقدام بعوض ؛ فمنهم من قال تجوز لأن الأقدام فى قتال الرجالة كالخيل فى قتال الفرسان ، ومنهم من قال لا تجوز ، وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأن المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به فى الجهاد ، والمشى بالأقدام لا يحتاج الى التعلم

واختلفوا فى الصراع ، فمنهم من قال يجوز بعوض ؛ لما روى أن النبى (ص) صارع يزيد بن ركانه على شاه فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، ثم عاد فصرعه . فأسلم ورد عليه الغنم .

ومنهم من قال : لا يجوز . وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأنه ليس من آلات القتال .

وحديث يزيد بن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم ، ولأنه لما أسلم رد عليه ما أخذ منه .

(الشرح) حديث ابى هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه، ولم يذكر فيه ابن ماجه : أو نصل ، وأخرجه أيضا الشافعى والحاكم من طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد ، وحسنه الترمذى وأعله يحي بن سعيد القطان بالوقف ، ورواه الطبرانى وأبو الشيخ من حديث ابن عباس . وأما حديث يزيد بن ركانة فقد رواه أبو داود بلفظ « عن محمد بن على بن ركانة أن ركانة صارع النبى(ص) فصرعه النبى(ص)» وفى إسناده أبو الحسن العسقلانى وهو مجهول . وأخرجه أيضا الترمذى من حديث العسقلانى أيضا عن أبى جعفر محمد بن ركانة وقال : غريب وليس إسناده بالقائم .

وروى أبو داود فى المراسيل عن سعيد بن جبير قال : كان رسول الله (ص) بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه عير له فقال له : يا محمد هل لك أن تصارعنى ؟ فقال ما تسبقنى — أى ما تجعله لى من السبَق — قال : شاة من غنمى ، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة ، فقال ركانة : هل لك فى العود ؟ ففعل ذلك مراراً ، فقال يا محمد ما وضع جنبى أحد الى الأرض ، وما أنت بالذى تصرعنى فأسلم ورد النبى صلى الله عليه وسلم عليه غنمه

قال الحافظ بن حجر : إسناده صحيح الى سعيد بن جبير إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة ، قال البيهقى وروى موصولا

وفى كتاب السبق لأبى الشيخ من رواية عبيد الله بن يزيد المصرى عن حماد عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مطولا . ورواه أبو نعيم فى معرفة الصحابة من حديث أبى أمامة مطولا ، وإسنادهما ضعيف

وروى عبد الرزاق عن معمر عن يزيد بن أبى زياد ، وأحسبه عن عبد الله ابن الحارث قال « صارع النبى صلى الله عليه وسلم أبا ركانة فى الجاهلية وكان شديداً ، فقال شاة بشاة ، فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال عاودنى فى أخرى ، فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم . فقال عاودنى ، فصرعه صلى الله عليه وسلم الثالثة ، فقال أبو ركانه : ماذا أقول لأهلى ؟ شاة أكلها ذئب ! وشاة نشزت فما أقول فى الثالثه ؟ فقال النبى (ص) : ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك فنغرمك خذ غنمك » هكذا وقع فيه : أبو ركانه والصواب ركانه .

أما ألفاظ الفصل فقوله : لا سبق هو بفتح الباء . المال الذى يسابق عليه ، والنصل هو السهم ، والخف الإبل . والحافر للفرس والبغل والحمار ، الظلف لسائر البهائم ؛ والمخلب للطير ، وقوله كالزبازب جمع زبزب نوع من السفن منها الصغير والكبير والأول مربع خفيف . وكذلك الشذوات وكلا اللفظين أعجمى

أما الأحكام فقد فسر الشافعى رضى الله عنه حديث أبى هريرة بقوله : والخف الإبل والحافر الخيل والنصل كل سهم أو مايشابهه . وقل فى موضع ان الحافر الخيل والبغال والحمير لانها تركب للجهاد كالإبل ويلقى عليها العدو كالخيل وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حرب هوازن على بغلته الشهباء فصار فى الحافر قولان .

فأما النصل فالمراد به السهم المرمى به عن قوس ، وان كان النصل اسما لحديدة السهم فالمراد جميع السهم ، فهذه الثلاثة هى التى نص عليها النبى صلى الله عليه وسلم فى جواز السبق بها ، فاختلف قول الشافعى فيها فقال : يحتمل معنيين . أحدهما أنها رخصة مستثناة من جمله محظورة لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله ، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها : ويكون السبق مقصوراً على التى تضمنها الخبر وهى الخف ، والخف الإبل وحدها والحافر وفيه قولان . (أحدهما) الخيل وحدها (والثانى) الخيل والبغال والحمير ، والنصل وهو السهام ويكون السبق بما عداها محظوراً .

والقول الثانى فى المعنيين أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانه وليس بمستثنى ، وان خرج مخرج الاستثناء لان المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان فى معناها كما قيس على الستة فى الربا ما وافق معناها ، وعليه يكون التفريع ، فيقاس على الخف السبق بالفيلة لانها ذوات أخفاف كالابل ، وهى فى ملاقاة العدو أنكى من الابل .

وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطيارات البحرية التى أطلقوا عليها الزبازب والشذوات أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لانها معدة لجهاد العدو فى البحر وحمل ثقله كالابل فى البر .

(والوجه الثانى) لا يجوز السبق عليها لان سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها ، فأما السبق بالزواريق الكبار والمراكب الثقال التى لم تجر العادة فى لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معاً هكذا أفاده الماوردى فى الحاوى ، فأما كون الحافر بالخيل والبغال والحمير نصا فى أحد القولين لا نقلا من اسم الحافر عليها وقياسا فى القول الثانى لأنها ذوات حوافر كالخيل وفى معناها ، واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالاقدام أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وبه قال أبوحنيفة : تجوز المسابقة بالاقدام بعوض وبغير عوض لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو وعائشة على أقدامهما . ولان السعى من قتال الرجالة كالخيل فى قتال الفرسان .

والوجه الثانى وهو الظاهر من مذهب الشافعى أن المسابقة بالاقدام لاتجوز مطلقا عند الماوردى فى الحاوى ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لانه سبق على فعلها من غير آلة فأشبه الطفرة والوثبة ، ولان السبق على ما يستفاد بالتعليم ليكون باعثا على معاطاته . والسعى لا يستفاد بالتعليم ، وقيد المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض .

قال الماوردى : فعلى هذا ان قيل : ان المسابقة بالأقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز : وان قيل بجوازها على الاقدام ففى جوازها بالسباحة وجهان (أحدهما) تجوز كالاقدام لان أحدهما على الارض والآخر فى الماء .

(والوجه الثانى) أنها لا تجوز بالسباحه وان جازت بالاقدام لان الماء مؤثر فى السباحه والارض غير مؤثرة فى السعى أه . وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحه وكونها علما ومهارة ولها قواعد لاتتأتى الا بالتعلم والتمرس مع لياقة البدن وقوته حتى تتكون المهارة والتفوق والسبق .

وقد تطورت أسباب الاعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشريه الذين يغوصون فى أعماق البحار ليدمروا السفن الحربيه وقلاع الثغور ، وهى أنكى

على الأعداء من ركوب الخيل والحمير . ولولا مهارة عساكر الإسلام وجند القرآن فى علوم البحار وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابة أن ينتصروا على الروم فى معركة ذات الصوارى فى الاسكندرية ولا طرقوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الأسطول لولده يزيد .

وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضاً وهى فى زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية ، ولكل نوع منها أسلوبه فى صرع الخصم ، وهى تهدف جميعاً إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعا يبدنه يعجز معه عن المقاومة .

وقد اختلف أصحابنا فى السبق بالصراع على وجهين :

(أحدهما) وهو مذهب أبى حنيفة أنه جائز لما روى عن النبى (ص) أنه خرج إلى الأبطح فى قصة يزيد بن ركانة ، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهى روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنهض للاحتجاج .

والوجه الثانى وهو ظاهر مذهب الشافعى ، والمنصوص عنه أنه لا يجوز ، فالسبق على المشابكة بالأيدى لا تجوز . وإن قيل بجوازه فى الصراع ففى جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة .

ومنها اختلاف أصحابنا فى السبق بالحمام وجهان ، وهو نوع من الحمام الذكى الصبور الذى يعبر البحار ويقطع الفيافى والقفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الأخبار والكتب ، وكان لأمراء الإسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمائم فيفضون كتبها بأنفسهم ، فمن جيش يطلب النجدة إلى قائد يعلن هزيمة عدوه ؛ فكان لهذا الحمام أثره وفعله ، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الإشارة ، فالوجه الأول يجوز لأنها تؤدى أخبار المجاهدين بسرعة . والوجه الثانى : لا يجوز لأنها لا تؤثر فى جهاد العدو . وأما السبق بنطاح الكباش ونقار الديكة ، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم فى عدم جوازه . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز المسابقه بعوض على الرمى بالنشاب والنبل ، وكل ما له نصل يرمى به كالحراب والرانات لحديث أبى هريرة ، ولأنه يحتاج إلى تعلمه فى الحرب فجاز أخذ العوض عليه ، ويجوز على رمى الاحجار عن المقلاع ، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب وأماالرمح والسيف والعمود ففيه وجهان : أحدهما تجوز المسابقه عليها بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب ، والثانى لا تجوز لأن القصد بالمسابقه التحريض على تعلم مايعد للحرب ، والمسابقه بهذه الآلات محاربه لا مسابقه ، فلم تجز كالسبق على أن يرمى بعضهم بعضا بالسهم

(فصل) وأما كرة الصولجان ومداحاة الاحجار ورفعها من الأرض ، والمشابكة والسباحه واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذى لا يستعان به على الحرب ، فلا تجوز المسابقه عليها بعوض ، لأنه لا يعد للحرب ، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل .

(فصل) وإن كانت المسابقه على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه ، فنهم من قال لا تجوز الا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين ، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر :

إن المذرع لا تغنى خؤولته　　　كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين ، لأن العتيق فى أول شوطه أحدّ وفى آخره ألين ، والهجين فى أول شوطه ألين وفى آخره أحدّ . فربما صارا عند الغايه متكافئين . ومنهم من قال : وهو قول أبى إسحاق انه يعتبر التكافؤ بالتقارب فى السبق ، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز ، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهماسابقا والآخر مسبوقا، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختى والنجيب لم يجز ، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجرى فى شوط الآخر . قال الشاعر :

إن البراذين إذا أجريتها　　　مع العتاق ساعة أعييتها : فلا معنى للعقد عليه

(فصل) ولا تجوز إلا على مركوبين معينين لأن القصد معرفة جوهرهما ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين .

(الشرح) السلاح نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق اليد ، فكل سلاح فارق يد صاحبه كالسهام والحراب ومقاليع الاحجار وقسى البندق ورصاصه فهو جائز بالاتفاق ، أما مالا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين .

أحدهما : يجوز كالمفارق ليده ، لان جهاد العدو بها .

والوجه الثانى : لا يجوز ، لأنه يكون بذلك محارباً لا مسابقاً ، فأما السبق بالمداحى وأكرة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره ، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحى وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فمن وقع حجره فيها فقد قمر وبين الدحو بالحجر الثقيل أو رفعه من الأرض لاختبار القوة والارتياض بها — وهو فى رياضة حمل الاثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين .

(فرع) عرفت فيما أسلفنا فى الفصل قبله أن لصحة السبق على الأعواض المبذوله خمسة شروط .

أحدها : التكافؤ فيما يسبقان عليه وفيما يتكافآن به وجهان ، أحدهما : وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الأصحاب أن التكافؤ بالتجانس ، فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر فى البيت الذى ساقه المصنف والمذرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق :

إذا باهلى عنده حنظليه   له ولد منها فذاك المذرع

وإنما سمى البغل مذرعا بالعلامتين المستديرتين السوداوين فى ذراعيه الاماميتين ورثهما من الحمار ؛ والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار ، والعتيق عربى الابوين ، والهجين عربى الاب أعجمى الام ، والبختى إبل بطيئة العدو ، والنجيب الحسن الخلق السريع وانجبته استخلصته ، ولكن يجوز السبق بين عتاق الخيل

وهجا نها لأن جميعها جنس ، والعتيق فى أول الشوط أحدّ من الهجين ، والهجين فى أول الشوط ألين وفى آخره أحد فربما صار عند الغاية متكافئين . وهذا وجه (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس ، وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقا ، فإن جوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما ، وإن علم يقينا أن أحدهما يسبق الآخر عند الاختبار لم يجز السبق بينهما ، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين ، أو بين بعيرين عربى وبختى لم يجز السبق بينهما ، وكذلك لو اتفق الفرسان فى الجنس ، واختلفا فى القوة والضعف فيمنع من الاستباق بينهما وهما من جنس واحد ، وتجوز بينهما وهما من جنسين مختلفين اعتباراً بالجواهر دون التجانس .

والشرط الثانى من الشروط الخمسة : الاستباق عليها مركوبة لتنتهى إلى غايتها بتدبير راكبها ، فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز ، وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالإرسال ، ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور — إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية وأنها لا تتنافر فى طيرانها ؛ وبقية الشروط مضى ذكرها إجمالا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصــــل) ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع وما لم يضمر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق ، ولأنهما إذا تسابقا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الاخر إلى أن يعطبا ، ولا يجوز أن يكون اجراؤه الا بتدبير الراكب لانهما اذا جريا لانفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية ، وان تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له ، فقد قال أبو على الطبرى فى الافصاح : يجوز ذلك عندى لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه ، وينفرد

أحدهما بالقدر الذي شرطه ، لجاز كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا ماتساويا فيه ، ويفضل لأحدهما عدد . قال أبو علي الطبري : ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً .

(فصل) وإن كان المخرج للسبق هو السلطان أو رجل من الرعية لم يخل إما أن يجعله للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم ، فإن جعله للسابق بأن قال : من سبق منكم فله عشرة جاز ؛ لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق فيحصل المقصود ؛ فإن سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق ، وإن سبق إثنان أو ثلاثة وجاءوا مكاناً واحداً اشتركوا في العشرة لأنهم اشتركوا في السبق ، فإن جاءوا كلهم مكانا واحداً لم يستحق واحد منهم لأنه لم يسبق منهم أحد ، وإن جعله لبعضهم بأن جعله للمجلي والمصلي ولم يجعل للباقي جاز ، لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلي أو المصلي ليأخذ السبق فيحصل المقصود وإن جعله لجميعهم نظرت ، فإن سوى بينهم بأن قال : من جاء منكم إلى الغاية فله عشرة لم يصح ، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية ، فإذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود

وإن شرط للجميع وفاضل بينهم بأن قال للمجلي وهو الأول مائة ، وللمصلي وهو الثاني خمسون ، وللتالي وهو الثالث أربعون ؛ وللبارع وهو الرابع ثلاثون وللمرتاح وهو الخامس عشرون ، وللحظي وهو السادس خمسة عشر ، وللعاطف وهو السابع عشرة ، وللمؤمل وهو الثامن ثمانية ، وللطيم وهو التاسع خمسة . وللسكيت وهو العاشر درهم ، وللفسكل وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر (والثاني) لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد في المسابقة ، وإن جعل للأول عشرة وللثالث خمسه وللرابع أربعة ولم يجعل للثاني شيئاً ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويقوم الثالث مقام الثاني . والرابع مقام الثالث ، لأن الثاني بخروجه من السبق يجعل كأن لم يكن (والثاني) أنه يبطل ، لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما .

(الشرح) حديث ابن عمر مضى تخريجه فى أول هذه الفصول وشرحنا غريبه وطرقه . أما الاحكام فإنه يشترط فى المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما فى الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً فى أول عدوه سريعا فى انتهائه . وقد يكون عكس ذلك فيحتاج الى غاية تجمع حاليه أو أحواله . ومن الخيل ما هو أصبر والقارح أصبر من غيره

وقد روى أبو داود فى سننه عن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « سبق بين الخيل وفضل القُرَّح فى الغاية » وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التى لم تضمر من الثنية إلى مسجد بنى زريق ، وذلك ميل أو نحوه .

فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولا لم يجز ، لأنه يؤدى الى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الاشهاد على السبق فيه

ويشترط فى المسابقه إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يجز هذا فى المسابقه بعوض لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد ما بينهما ، ويكون عند أول المسافه من يشاهد إرسالهما ويرتبهما ، وعند الغايه من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا فى ذلك .

وقول الشافعى : الإسباق جمع سبق - بفتح الباء - وهو العوض المخرج فى المسابقه - وهو بإسكان الباء - مصدر سبق من المسابقه

أما السبق الأول الذى يراه الشافعى ، وهو الذى يخرجه غير المتسابقين فيجوز ، سواء أخرجه الامام من بيت المال أو أخرجه غير الإمام من ماله . وكلام مالك من عدم جوازه لغير الامام فاسد من وجهين (أحدهما) أن ما فيه معونه على الجهاد جاز أن يفعله غير الأئمه كارتباط الخيل وإعداد السلاح .

(والثانى) أن ما جاز أن يخرجه الامام من بيت مال المسلمين جاز أن يتطوع به كل واحد من المسلمين كبناء المساجد والقناطر

فإذا صح جوازه جاز أن يختص به السابق وحده دون غيره ، كقول الباذل

إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسابق منكم عشرة وهذا جائز ، فأيهم جاء سابقاً لجماعتهم استحق العشرة كلها ولا شيء لمن بعده ، وإن كانوا متفاضلين في السبق ، فلو سبق اثنان من الجماعة فجاءا معاً وتأخر الباقون اشترك الاثنان في العشرة لتساويهما في السبق فاستويا في الأخذ ، ولو سبق خمسة اشتركوا في الأخذ كذلك . ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشتركوا في العشرة دون المتأخر منهم ، ولو جاءوا جميعا غرضاواحدا لم يتأخرعنهم واحد منهم فلا شيء لهم لأنه ليس فيهم سابق ولا مسبوق .

والقسم الثاني : ان يبذله لجماعة منهم ولا يبذله لجميعهم ، كأن بذل الأول عوضا والثاني عوضا ولكل واحد منهم في اللغة اسم إذا تقدم على غيره خاص . فيقال للسابق الاول المجلي والثاني المصلي والثالث التالي والرابع البارع والخامس المرتاح والسادس الحظي والسابع العاطف والثامن المؤمل والتاسع اللطيم والعاشر السكيت ، وليس لما بعد العاشر اسم ، إلا الذي يجيء آخر الخيل كلها ، ويقال له الفسكل .

قال الجاحظ : كانت العرب تعد السوابق ثمانيه ولا تجعل لما جاوزها حظاً ، فأولها السابق ثم المصلي ثم المقفي ثم التالي ثم العاطف ثم المذمر ثم البارع ثم اللطيم . قال الثعالبي : وكانت العرب تلطم الاخر إن كان له حظ .

وقال أبو عكرمة : أخبرنا ابن قادم عن الفراء أنه ذكر في السوابق عشرة أسماء لم يحكها أحد غيره وهي : السابق ثم المصلي ثم المسلي ثم التالي ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظي ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت .

وقد جاء في الحاوي الكبير للماوردي هذه الاسماء التي ذكرها المصنف مع جعل المؤمل بدل المرمل ، وهو ما يوافق رواية الفراء هنا ، فاذا بذل لبعض دون بعض فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يفاضل بين السابق والمسبوق فيجعل الأول الذي هو المجلي — وقد اشتق اسمه من الجلاء — قال ابن بطال: قال المطرزي: يحتمل أن يكون من جلاء الهموم — عشرة ، ويجعل للثاني الذي هو المصلي — لأن جحفلته على صلي السابق وهي منخره ؛ والصلوان عظمان عن يمين الذنب وشماله — تسعة ،

والثالث الذى هو التالى ـ أى التابع ـ خمسة والرابع الذى هو البارع ـ أى الفائق كما يقال لمن فاق أصحابه فى العلم: بارع ـ أربعة . والخامس الذى هو المرتاح ـ من راح يراح راحة إذا خلا أو إذا نشط وجف ـ ثلاثة ، فإن هذا جائز لأنه قد منع المسبوقين وفاضل بين السابقين لحصل التحريض فى طلب التفاضل وخشية المنع ويتفرع على هـذا أن يجعل للسابق عشرة ، والمصلى خمسة ولا يجعل لمن بعدهم شيئاً فيكون السابق أو المجلى خمسة والمصلى واحداً الخمسة السابقين بالعشرة لكل واحد درهمان وينفرد المصلى بالخمسة وإن صار بها أفضل من السابقين لأنه أخذ الزيادة لتفرده بدرجته ، ولم يأخذها لتفضيل أصل درجته ، وقد كان يجوز أن يشاركه غيره فى درجته فيقل سهمه عن سهم من بعده .

ثم على هذا القياس إذا جعل للثانى شيئاً ثالثاً لحصل فى كل درجه انفراد أو اشتراك وجب أن يختص المنفرد بسبق درجته ، ويشترك المشتركون بسبق درجتهم .

والضرب الثانى : أن يستوى فيهم بين سابق ومسبوق ، كأنه جعل للسابق عشرة والمصلى عشرة وفاضل بين بقية الخمسه . وهذا جائز لأن مقتضى التحريض أن يفاضل بين السابق والمسبوق ، فإذا تساويا فيه بطل مقصوده فلم يجز ، وكان السبق فى حق المصلى الذى سوى بينه وبين سابقه باطلا ، ولم يبطل فى حق الأول بطلانه فى حق من عداه وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى الذى بطل السبق فى حقه هل يستحق على الباذل أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أنه لا أجرة له على الباذل ، لأن منعه عائد عليه لا على الباذل . فعلى هذا يكون السبق فى حق من بعده باطلا لأنه يجوز أن يفضلوا به على من سبقهم .

والوجه الثانى وهو قول أبى على الطبرى أن له على الباذل أجرة مثله لأن من استحق المسمى فى العقد الصحيح استحق أجرة المثل فى العقد الفاسد اعتباراً بكل واحد من عقدى الاجارة والجعالة .

فعلى هـذا يكون السبق فى حق من بعده صحيحا ، ولكل واحد منهم ما سمى له ، وإن كان أكثر من أجرة من بطل السبق فى حقه ، لأنه لا يجوز أن يفضلوا عليه إذا كان مستحقا بالعقد . وهذا مستحق بغيره

ويتفرع على هذا إذا جعل للأول عشرة ولم يجعل للثانى شيئا ، وجعل للثالث خمسة وللرابع ثلاثة ولم يجعل بعدهم شيئا ، فالثانى خارج من السبق لخروجه من البدل . وفى قيام من بعده مقامه وجهان :

(أحدهما) يقوم الثالث مقام الثانى ، ويقوم الرابع مقام الثالث لأنه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه ، فعلى هـذا يصح السبق فيها بالمسمى لهما بعد الأول .

والوجه الثانى : أنهم يترتبون على التسمية ولا يكون خروج الثانى منهم بالحكم مخرجا له من البدل . فعلى هذا يكون السبق فيهما باطلا لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون لهما أجرة مثلهما أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين :

والقسم الثالث : أن يبذل العوض لجماعتهم ولا يخلى آخرهم من عوض فينظر فإن سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلا . وكان الحكم فيه على ما قدمنا وإن لم يساو بين السابق والمسبوق ، وفضل كل سابق على كل مسبوق حتى يجعل متأخرهم أقلهم سهما ففى السبق وجهان :

(أحدهما) أنه جائز اعتباراً بالتفاضل فى السبق ، فعلى هذا يأخذ كل واحد منهم ما سمى له .

والوجه الثانى : أن السبق باطل لأنهم قد تكافأوا فى الاخذ وإن تفاضلوا فيه ، فعلى هذا هل يكون باطلا فى حق الآخر وحده؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه باطل فى حقه وحده لأن بالتسمية له فسد السبق

والوجه الثانى : أن يكون باطلا فى حقوق جماعتهم ؛ لأن أول العقد مرتبط بآخره ، وهل يستحق كل واحد منهم أجرة مثله أم لا ؟ على الوجهين المذكورين فهذا حكم السبق الاول .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ فان كان المخرج للسبق هما المتسابقان نظرت ، فان كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما صح العقد ؛ وان لم يكن معهما محلل فالعقد باطل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار » ولأن مع المحلل لا يكون قماراً ، لان فيهم من يأخذ إذا سبق ولا يعطى إذا سبق وهو المحلل ، ومع عدم المحلل ليس فيهم الا من يأخذ إذا سبق ، ويعطى اذا سبق ، وذلك قمار . وان كان المحلل اثنين أو أكثر جاز ، لأن ذلك أبعد من القمار ، وان كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما فى المحلل حكم الرجلين ، لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار ، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته .

واختلف أصحابنا فى دخول المحلل فذهب أكثرهم الى أن دخول المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم ، وذهب أبو على بن خيران الى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه وأن يأخذ اذا سبق ، ولا يأخذان اذا سبقا ، لانا لو قلنا : انهما اذا سبقا أخذا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطى مرة ، وهذا قمار ، والمذهب الاول لانا بينا أن بدخول المحلل خرجا من القمار ؛ لان فى القمار ليس فيهم الا من يعطى مرة ويأخذ مرة ، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطى فلم يكن قماراً ؛ فإن تسابقوا نظرت ، فان انتهوا الى الغاية معاً أحرز كل واحد منهما سبقه لأنه لم يسبقه أحد ، ولم يكن للمحلل شيء لانه لم يسبق واحداً منهما ، وان سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه لانهما تساويا فى السبق ولا شيء للمحلل لانه مسبوق ، وان سبقهما المحلل أخذ سبقهما لانه سبقهما ؛ وان سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الاخر أحرز السابق سبق نفسه .

وفى سبق المسبوق وجهان المذهب أنه للسابق المخرج لأنه انفرد بالسبق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لانه لا يستحقه السابق المخرج

على قوله ولا يستحقه المحلل لانه لم يسبق ، وان سبق المحلل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه ، وفى سبق المسبوق وجهان المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل ، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق ، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثانى ، ثم جاء المحلل ففيه وجهان المذهب أن سبق المسبوق للسابق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقى على ملك صاحبه .

(فصل) وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل لان فيهم من يأخذ ولا يعطى وهو الذى لم يخرج فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل ، فان تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق ، وان سبق الاخر أخذ سبقه وان جاءا معا أحرز المخرج السبق لانه لم يسبقه الاخر .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأخرجه أيضا الحاكم وصححه والبيهقى ورواه ابن حبان بإسناده وصححه .

وقال الطبرانى فى الصغير : تفرد به سعيد بن بسير عن قتادة عن سعيد بن المسيب وتفرد به عنه الوليد وتفرد به عنه هشام بن خالد ، ورواه أيضاً أبو داود عن محمود بن خالد عن الوليد لكنه أبدل قتادة بالزهرى ، ورواه أبو داود وغيره عن تقدم من طريق سفيان بن حسين عن الزهرى وسفيان ضعيف فى الزهرى ، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهرى عن رجال من أهل العلم ، كذا قال أبو داود وقال : هذا أصح عندنا .

وقال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفا على سعيد بن المسيب ، فقد رواه يحيى بن سعيد عنه وهو كذلك فى الموطأ عن سعيد من قوله ، وقال ابن أبى خيثمة : سألت ابن معين فقال : هذا باطل ، وضرب على أبى هريرة .

وحكى أبو نعيم فى الحلية أنه من حديث الوليد عن سعيد بن عبد العزيز .

قال الدارقطني : والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبراني والحاكم . وحكى الدارقطني في العلل أن عبيد بن شريك رواه عن هشـام بن عمار عن الوليد عن سعيد عن الزهري .

قال الحافظ : وقد رواه عبدان عن هشام ، أخرجه ابن عدي مثل ما قال عبيد وقال : إنه غلط قال : فتبين بهذا أن الغلط فيه من هشام ، وذلك أنه تغير حفظه

أما الاحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه والسبق الثاني من الأسباق أن يجمع شيئين وذلك مثل الرجلين يريدان أن يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل منهما أن يسبق صاحبه ويخرجان سبقين ، ولا يجوز إلا بمحلل ، وهو أن يجعل بينهما فرس ولا يجوز حتى يكون كفوًا لفرسيهما لا يأمنان أن يسبقهما .

قلت : هذا هو السبق الثاني وهو أن يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما ، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محللا لايخرج شيئاً ، ويأخذ ان سبق ولا يعطى ان سُبق لنص ومعنى .

أما النص فهو حديث أبي هريرة الذي مضى تخريجه . وأما المعنى فهو أن اباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار هو الذي لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانما ان أخذ أو غارما ان أعطى فإذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه بحالها فكان قماراً ، واذا دخل بينهما محلل غير مخرج يأخذ ان سبق ولا يعطى ان سبق خرج عن معنى القمار فحل ، وهذا الداخل يسمى محللا ، لان العقد صح به فصار حلالا ويسميه أهل السبق ميسراً ، ويصح العقد به بأربعة شروط .

أحدها : أن يكون فرسه كفوًا لفرسيهما أو أكفأ منهما لا يأمنان أن يسبقهما فإن كان فرسه أدون من فرسيهما وهما يأمنان أن يسبقهما لنص الحديث ، ولان دخوله مع العلم بأنه لا يسبق غير مؤثر من أخذ السبق .

والشرط الثاني : أن يكون المحلل غير مخرج لشيء وان قل ، فإن أخرج شيئا خرج من حكم المحلل وصار في حكم المستبق .

والشرط الثالث : أن يأخذ ان سبق ، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح .

والشرط الرابع : أن يكون فرسه معينا عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين

فرسى المستبقين ، وإن كان غير معين بطل ، فإذا صح العقد بالمحلل على استكمال شروطه فمذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه أن المحلل دخل ليحلل العقد ، ويحلل العقد الاخر فيأخذ إن سبق ويؤخذ به إن سُبق .

وقال أبو على بن خيران : إن المحلل دخل للتحلل للعقد ويأخذ ولا يؤخذ به وهذا خطأ لأن التحريض المقصود باستفراه الخيل ومعاطاة الفروسية غير موجود إذا لم يؤخذ بالسبق شىء فيصير مانعاً من السبق ، وإذا أخذ به صار باعثا عليه وحافزاً له ، وهذا يتضح فى التفريعات الاتية ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويطلق الفرسان من مكان واحد فى وقت واحد لما روى الحسن أو خلاس عن على كرم الله وجهه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : ياعلى قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على كرم الله وجهه فدعا بسراقة ابن مالك فقال : يا سراقة إنى قد جعلت اليك ما جعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عنقى من هذه السبقة فى عنقك ، فإذا أتيت الميطان فصف الخيل ثم ناد ثلاثا هل مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل ، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثا ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه ، فإن كان بينهما محلل وتنازعا فى مكانه جعل بينهما ، لأنه أعدل وأقطع للتنافر

وإن اختلف المتسابقان فى اليمين واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الاخر ولا يجلب وراءه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا ، قال مالك : الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراءه الشن ليستحث به السبق .

﴿ فصل ﴾ وأما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط فى السبق أقداما معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وإن أطلق نظرت فان تساوى المركوبان فى طول العنق اعتبر السبق بالعنق أو بالكتد ، فان سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكتد أو ببعضه فقد سبق ، وان اختلفا فى العنق

اعتبر السبق بالكتد لأنه لا يختلف ، وإن سبق أطولهما عنقا بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجرى.

(فصل) وإن عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه فى الارض أو وقف لعلة أصابته فسبقه الاخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجرى ولا تأخر المسبوق لسوء جريه .

(فصل) وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد ، لأن العقد تعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع إذا هلك قبل القبض . وإن مات الراكب ، فان قلنا : انه كالجعالة بطل العقد بموته ، وان قلنا : إنه كالإجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه .

(فصل) وإن كان العقد على الرمى لم يجز بأقل من نفسين ، لأن المقصود معرفة الحذق ، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين ، فان قال رجل لاخر : ارم عشراً وناضل فيها خطأك بصوابك ، فان كان صوابك أكثر فلك دينار لم يجز ، لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه . وقد بينا أن ذلك لا يجوز .

وإن قال ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر فلك دينار ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه فجاز (والثانى) لا يجوز لأنه جعل العوض فى مقابلة الخطأ والصواب ، والخطأ لا يستحق به بدل .

(الشرح) حديث على رواه الدارقطنى وأخرجه البيهقى بإسناد الدارقطنى وقال : هذا إسناد ضعيف ولفظه كاملا هكذا « ياعلى قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على فدعا سراقة بن مالك فقال : يا سراقة إنى قد جعلت اليك ما جعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عنقى من هذه السبقة فى عنقك ، فاذا أتيت الميطان — قال أبو عبد الرحمن : والميطان مرسلها من الغاية — فصف الخيل ثم ناد : هل من مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل ، فاذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثا ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من شاء من خلقه .

وكان على يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفه بين إبهامى أرجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلوا السبقة له ، فإن شككتما فاجعلا سبقهما نصفين ، فاذا قرنتم ثنتين فاجعلوا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام » .

أما غريبه فقوله (هذه السبقة) فهى بضم السين وإسكان الباء هو الشىء الذى يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما . قال فى القاموس : السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق . قوله (فإذا أتيت الميطان) بكسر الميم . قال فى القاموس : والميطان بالكسر الغاية . قوله (فصف الخيل) هى خيل الحلبة . قال فى القاموس : الحلبة بالفتح هى الدفعة من الخيل فى الرهان ، وخيل تجتمع للسباق من كل أوب . قوله (ثم ناد الخ) فيه استحباب التأنى قبل ارسال خيل الحلبة ، وتنبيههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه ، وجعل علامه على الإرسال من تكبير أو غيره ، وتأمير أمير يفعل ذلك .

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ « ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان ، وأخرجه الطبرانى بلفظ « لاجلب فى الإسلام » وفى إسناده أبو شيبة ضعيف . والمراد بالجلب فى الرهان أن يأتى برجل يجلب على فرسه أى يصيح عليه يستحثه بالإزعاج حتى يسبق ، والجنب أن يجنب فرسا إلى فرسه حتى إذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وقال ابن الأثير : له تفسيران ثم ذكر معنى فى الرهان ومعنى فى الزكاة ، وقد مضى معناه فى الزكاة من كتاب الزكاة

أما الأحكام : فإن السبق يحصل فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، فإن اختلفا فى طول العنق أو كان ذلك فى الإبل اعتبر السبق بالكتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر ، فإن طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وقد مضى لنا تفصيل ذلك ، وهو مذهب الشافعى وأحمد .

وقال الثورى : إذا سبق أحدهما بالاذن كان سابقاً ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الاخر عنقه فيكون سابقا بأذنه لذلك لا لسبقه ، وان شرطا

السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح على أحد القولين عند أصحابنا والثاني : يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي .

قال الماوردي في الحاوي الكبير : وإذا استقرت بينهما مع المحلل في الجري فيختار أن يكون في الموضع الذي ينتهي اليه السبق ، وهو غاية المدى قصب قد غرزت في الأرض يسميها العرب قصب السبق ليحرزها السابق منهم فيتلقفها حتى يعلم بسبقه الداني والقاصي فيسقط الاختلاف ، وربما كر بها راجعا يستقبل بها المسبوقين إذا كان مفضلا في السبق مباهيا في الفروسية .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : والسبق أن يسبق أحدهما صاحبه وأقل السبق أن يسبق أحدهما صاحبه بالهادي أو بعضه أو الكتد أو بعضه اه . فالسبق ضربان ؛ أحدهما : أن يكون معتبراً بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة أقدام ولا يتم السبق الا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقا في استحقاق البدل ، وان كان سابقا في العمل . والضرب الثاني : أن يكون مطلقا بغير شرط فيكون سابقا بكل قليل وكثير .

قال الشافعي رضي الله عنه : أقل السبق أن يسبق بالهادي أو بعضه أو الكتد أو بعضه ، فأما الهادي فهو العنق ، وأما الكتد ويقال بفتح التاء وكسرها والفتح أشهر ، وفيه تأويلان . أحدهما : أنه الكتف . والثاني : أنه ما بين أصل العنق والظهر ، وهو مجتمع الكتفين في موضع السنام من الإبل ، فجعل الشافعي رضي الله عنه أقل السبق السبق بالهادي والكتد . وقال الاوزاعي : أقل السبق بالرأس وقال المزني : أقل السبق بالاذن استدلالا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الاخر باذنه ،

قال الماوردي رداً على المزني : المقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه المبالغة وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى لله بيتا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة » وان كان بيت لا يبنى كمفحص القطاة وانما لم يعتبر بالاذن كما قال المزني ، ولا بالرأس كما قال الاوزاعي ، لان من الخيل ما يزجي أذنه ورأسه فيطول ، ومنها ما يرفعه فتقصر ، فلم يدل واحد منهما على التقديم اه .

وإذا سقط اعتبارهما ثبت اعتبار الهادي والكتد ، ولو اعتبر السبق بأيديهما فأيهما تقدمت يداه وهو السابق كان عندى أصح ، لأن السعى بهما والجرى عليهما لكن الشافعى اعتبر بالهادى والكتد .

فأما السبق بالكتد فتحقق سواء اتفق الفرسان فى الطول والقصر أو تفاضلا وأما السبق بالهادى وهو العنق فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا فى طوله أو قصره ، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقاً كان سابقاً ، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقا لم يكن سابقا إلا أن يتصاف السابق بكتده ، لأن سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه .

فإن قيل : فإن كان السبق بالكتد صحيحا مع اختلاف الخلقة فلم اعتبر بالعنق التى يختلف حكمها باختلاف الخلقة ؟

قيل : لأن السبق بالكتد يتحققه القريب دون البعيد ، والسبق بالعنق يتحققه القريب والبعيد ، وربما دعت الضرورة اليه ليشاهده شهود السبق فشهدوا به للسابق شهوداً يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق ، فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كتده ثم جريا بعد الغاية فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كتده كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها ، لان ما يجاوز الغاية غير داخل فى العقد فلم يعتبر

وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبقه الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السبق اليها .

(فرع) إذا عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه فى الارض فسبق الاخر لم يحتسب له بالسبق ، لأن العثرة أخرته . ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه ، لأنه إذا سبق مع العثرة كان بعدها أسبق ، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجرى حتى وصل الاخر الى غايته كان مسبوقا إن وقف لغير مرض ، ولا يكون مسبوقا إن وقف لمرض . فأما إن وقف قبل الجرى لم يكن مسبوقا ، سواء وقف لمرض أو غير مرض لأنه بعد الجرى مشارك .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : والنضال فيما بين الاثنين يسبق أحدهما

الاخر . والثالث بينهما المحلل كهو فى الخيل لا يختلفان فى الأصل فيجوز فى كل واحد منهما ما جاز فى الاخر ، ويرد فيهما ما يرد فى الاخر ثم يتفرعان ، فاذا اختلفت عللهما اختلفا . اه

أما السبق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمى مجازا ولكل واحد منهما اسم خاص فتختص الخيل بالرهان ويختص الرمى بالنضال . فأما قولهم: سبّق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الاضداد يسمى به من أخرج مال السبق ، ويسمى به من أحرز مال السبق . وقد مضى حكم السباق بالخيل .

فأما السباق بالنضال فهما فى الاباحة سواء ، والخلاف فيهما واحد ، وقد تقدم الدليل عليهما ، وقد ذكر الشافعى ها هنا كلاماً اشتمل على أربعة فصول :

أحدها قوله : والنضال فيما بين الرماة كذلك فى السبق والعلل ، يريد بهذا أمرين

(أحدهما) جواز النضال بالرمى كجواز السباق بالخيل

(والثانى) اشتراكهما فى التعليل لارهاب العدو بهما لقوله تعالى « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم »

والفصل الثانى : قوله يجوز فى كل واحد منهما ما يجوز فى الاخر ، يريد بهذا أن الاسباق فى النضال ثلاثة كما كانت الاسباق فى الخيل ثلاثة (أحدها) أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز كجوازه فى الخيل

(والثانى) أن الخيل ثلاثة : أحدها أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز كجوازه فى الخيل . والثانى : أن يخرجه المتناضلان فلا يجوز حتى يدخل بينهما محلل يكون رميه كرميهما أو أرمى منهما ، كما لا يجوز فى الخيل إلا بمحلل يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفأ . والثالث : أن يخرجه أحد المتناضلين فيجوز كما يجوز فى الخيل إذا أخرجه أحد المتسابقين

والفصل الثالث : قوله ثم يتفرعان ، يريد به أمرين (أحدهما) أن الاصل فى سباق الخيل الفرس والراكب تبع . والاصل فى النضال الرامى والالة تبع . لأن المقصود فى سباق الخيل فراهة الفرس ، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يجز ، ويجوز أن يبدل الراكب بغيره .

والمقصود فى النضال حذق الرامى ، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يجز ،

ويجوز أن يبدل آلة بغيرها . والثانى : أن فى النضال من تفريع المرمى بالمبادرة والمحاطة مالا يتفرع فى سباق الخيل .

والفصل الرابع قوله : فإذا اختلفت عللهما اختلافا ، يريد به أنه لما كان المقصود فى سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس ولم يلزم تعيين الراكب ، ومتى مات الفرس بطل السبق ، ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد . وفى بطلانه بموت العاقد قولان :

(أحدهما) لا يبطل بموته إذا قيل إنه كالاجارة (والثانى) يبطل بموته إذا قيل إنه كالجعالة . ولما كان المقصود فى النضال الرامى دون الالة لزم تعيين الرامى ولم يلزم تعيين الالة ، وبطل النضال إذا مات الرامى ، ولم يبطل إذا انكسر القوس ، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت عللهما . والله أعلم بالصواب

إذا ثبت هذا فإن الرمى لا يجوز إلا بين اثنين فأكثر ، فإذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، قال أحمد وأصحابه : صح ذلك جعالة ولم يصح نضالا لأنه بذل مالا له فى فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين نفسين فأكثر على أن يرموا جميعاً ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً .

وإن قال : إن أصبت فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار . وإن قال : ارم عشرة أسهم فان كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه بذل له العوض على عمل معلوم لم يناضل فيه نفسه فجاز (والثانى) أنه لا يجوز ، لأنه جعل العوض فى مقابلة الخطأ والصواب . وقال الماوردى : إذا قال أحدهما لصاحبه أو لغيره : ارم بسهمك هذا فإن أصبت به فلك درهم جاز واستحق الدرهم إن أصاب . ولجوازه علتان

(إحداهما) أنه قد أجابه الى ما سأل فالتزم له ما بذل ، وهـــذا قول ابن أبى هريرة (والثانية) أنه تحريض فى طاعة فلزم البذل عليها كالمناضلة

وقال أبو اسحاق المروزى : وهذا بذل مال على عمل وليس بنضـال ، لأن النضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر .

وقال الشافعي رضي الله عنه ، ولو قال له : ارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه . وقد اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين .

(أحدهما) أن المزني حذف منها ما قد ذكره الشافعي في كتاب الام فقال فيه ، ولو قال له : ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه ، فحذف المزني قوله : ناضل نفسك . وأورد باقي كلامه وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا

واختلفوا في تعليله فقال أبو اسحاق ، وهو الظاهر من تعليل الشافعي : انه جعله مناضلا لنفسه ، والنضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فبطل .

وقال آخرون : بل علة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله : ان كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به

والوجه الثاني : ان المسألة مصورة على ما أورده المزني ههنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له : ارم عشرة أرشاق ، فعلى هذا يكون في صحته وجهان من اختلاف العلتين :

(أحدهما) انه صحيح ويستحق ما جعل له التعليل الاول ، لأنه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه .

والوجه الثاني : أنه باطل للتعليل الثاني أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين ثالثة ، واختلف فيها أصحابنا بأيها تلحق ؟ على وجهين ، وهو أن يقول : ناضل وارم عشرة أرشاق ، فان كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسألة الاولى في قوله ناضل ، وتوافق المسألة الثانية في حذف قوله : ناضل نفسك ، وأحد الوجهين وهو قول أبي اسحاق المروزي أنها في حكم المسألة الاولى في البطلان لاجل قوله : ناضل ، والنضال لا يكون الا بين اثنين فصار كقوله : ناضل نفسك ، والوجه الثاني أنها في حكم المسألة الثانية في حمل صحتها على وجهين من اختلاف العلتين اذا سقط قوله : نفسك ، صار قوله ناضل ، يعني ارم على نضال ، والنضال المال ، فصار كالابتداء بقوله : ارم عشرة أرشاق . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز إخراج السبق إلا على ما ذكرناه فى المسابقة من إخراج العوض منهما أو من غيرهما ، وفى دخول المحلل بينهما .

(فصل) ولا يصح حتى يتعين المتراميان ، لأن المقصود معرفة حذقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين ، فإن كان أحدهما كثير الإصابة والاخر كثير الخطأ ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالآخذ للمال من غير نضال وذلك من أكل المال بالباطل (والثانى) لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمى والحذق فيه .

(فصل) ولا يصح إلا على آلتين متجانستين فان عقد على جنسين بأن يرمى أحدهما بالنشاب والاخر بالحراب لم يجز ، لانه لا يعلم فضل أحدهما على الاخر فى واحد من الجنسين ، وان عقد على نوعين من جنس بأن يرمى أحدهما بالنبل والاخر بالنشاب أو يرمى أحدهما على قوس عربى والاخر على قوس فارسى جاز ، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان ، فيعرف به حذقهما ، فإن أطلق العقد فى موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه ، وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين ، لأن الاغراض تختلف باختلاف النوعين ، فوجب بيانه ، وإن عقد على نوع فاراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزم الاجابة اليه ، لأن الاغراض تختلف باختلاف الأنواع ، فإن من الناس من يرمى بأحد النوعين أجود من رميه بالنوع الاخر ، وان عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز ، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان ، فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الاوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بيناها فى كتاب الاجارة .

(فصل) ولا يجوز إلا على رشق معلوم وهو العدد الذى يرمى به لانه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن الفضل ؛ ولم يظهر السبق .

(فصل) ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم ، لأنه لا يبين الفضل

إلا بذلك ؛ فإن شرط اصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان .
أحدهما : يصح لانه قد يصيب ذلك فصح العقد كما لو شرط اصابة ثمانية من عشرة
والثاني : لا يصح لان اصابة ذلك تندر وتتعذر فيطل المقصود بالعقد .

(الشرح) ذكرنا فيما مضى من أحكام المسابقة أنه لا يجوز اخراج السبق الا على ما تراضيا عليه ، وكما يقول الامام الشافعي رضى الله عنه : ويخرج كل واحد منهما ما تراضيا عليه ويتواضعانه على يدى رجل يثقان به أو يضمنانه ، ولصحة العقد بينهما مع دخول المحلل أربعة شروط .

(أحدها) ان يكون العوض معلوما اما معينا أو موصوفا ، فإن كان مجهولا لم يصح ، لأن الاعواض فى العقود لا تصح الا معلومة .
(والشرط الثانى) أن يتساويا فى جنسه ونوعه وقدره فإن تفاضلا أو اختلفا لم يصح ، لأنهما لما تساويا فى العقد وجب أن يتساويا فى بذله .
(والشرط الثالث) تعيين الفرس فى السباق . والرابع أن يكون مدى سبقهما معلوما اما بالابتداء والانتهاء كالاجارة المعينه ، واما مذروعا بذراع مشهور كالاجارة المضمونه .

فإذا صح العقد بينهما على الشروط المعتبرة وفى المحلل الداخل بينهما لم يخل حالهما فى مال السبق من ثلاثه أحوال .

أحدها : أن يتفقا على تركه فى أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان على ذلك ولا يلزم اخراج مال السبق من أحدهما الا بعد أن يصير مسبوقا فيؤخذ باستحقاقه . والحالة الثانيه : أن يتفقا على أمين فيؤخذ مال السبق منهما ويوضع على يده ويعزل مال كل واحد منهما على حدته ، فإن سبق أحدهما سلم اليه ماله ومال المسبوق ، فان سبق المحلل سلم اليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجرة على السابق ولا على المسبوق الا عن شرط ، فإن كانت له أجرة فى عرف المتسابقين ففى حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خياطاً فعمل بغير شرط هل يستحق أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .
(أحدهما) أن الامين يستحق أجرة مثله اذا حكم للصانع بالاجرة ، ويكون

على المستبقين لا يختص بها السابق منهما لأنها أجرة على حفظ المالين ، والثانى أنه لا أجرة له وإن جرى العرف إلا أن يحكم للصانع بالأجرة ، والحال الثالثة أن يختلفا على الأمين فيخرج الحاكم لهما أمينا يقطع تنازعهما .

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز السبق إلا معلوماً ، كما يجوز فى البيع .

قال الماوردى : وهذا صحيح ، يريد بالسبق المال المخرج فى العقد فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوماً من وجهين إما بالتعيين كاستباقهما على عين مشاهد ، وإما بالصفة كاستباقهما على مال فى الذمة ، لأنه من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهالة به عند العقد .

ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو ، فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح ، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل ، ولو كان لأحدهما فى ذمة الآخر قفيز من حنطة فتناضلا عليه ، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح ، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ، وإن كان عن غصبه صح ، لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح .

وإن كان من قرض فعلى وجهين من الوجهين فى صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقاً صح ، ولو تناضلا على دينار إلا درهماً لم يصح لأنه يكون بالاستثناء من جنسه معلوما وبالاستثناء من غير جنسه مجهولا ، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطة مؤجل صح ، لأنه على عوضين : حال ومؤجل ؛ ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل ديناراً ويعطى درهما لم يجز ، لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطى .

ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما ، فان نضل دفعه وإن شرط لم يرم أبداً أو شهراً كان العقد فاسداً لأنه قد شرط فيه الامتناع وهو مندوب اليه فبطل ، وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا فنضل أحدهما ، فان كان الناضل باذل المال فلا شىء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففى استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا سبق أحد الرجلين الآخر على أن يجعلا بينهما قرعا معروفاً خواسق أو حوابي فهو جائز . اه

قلت : نعلم من أقوال الإمام الشافعي رضي الله عنه أن عقد الرمي معتبر بشروط . أحدها أن يكون الراميان متعينين ، لأن العقد عليهما ، والمقصود به حذقهما ، فإن لم يتعينا بطل العقد ، سواء وصفا أو لم يوصفا ، كما لو أطلق في السبق الفرسان ، فإن لم يتعينا كان باطلا ، ولا يلزم تعيين الآلة ، ولكل واحد منهما أن يرمي عن أي قوس شاء ، وبأي سهم أحب ، فإن عينت الآلة لم يتعين وبطلت في التعين .

ولو قيل : ويرمي عن هذين القوسين لم يؤثر في العقد وجاز لهما الرمي عنهما ولغيرهما ، وإن قيل : على أن لا يرمي إلا عن هذين القوسين كان فاسداً لأنه على الوجه الأول صفة وعلى الوجه الثاني شرط .

أما قوله « ولا يصح إلا على آلتين متجانستين » فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يصلح أن يمنع الرجل أن يرمي بأي نبل أو قوس شاء إذا كانت من صنف القوس التي سابق عليها .

قلت : وأنواع القسي تختلف باختلاف أنواع الناس فللعرب قسي وسهام وللعجم قسي وسهام ، وقيل إن أول من صنع القسي العربية ابراهيم الخليل عليه السلام ، وأول من صنع الفارسية النمرود . وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحب القوس العربية ويأمر بها ويكره الفارسية وينهى عنها ، ورأى رجلا يحمل قوسا فارسية فقال : ملعون حاملها عليكم بالقسي العربية وسهامها ، فإنه سيفتح عليكم بها . قال الماوردي : وليس هذا منه محمولا على الحظار المانع ، وفي تأويله ثلاثة أوجه (أحدها) ليحفظ به آثار العرب ، ولا يعدل الناس عنها رغبة في غيرها ، فعلى هذا يكون الندب الى تفضيل القوس العربية باقيا .

والوجه الثاني : أنه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا يتشبهوا بأهل الحرب من المشركين فيقتلوا ، فعلى هذا يكون الندب الى تفضيلها مرتفعا لأنها قد فشت في عامة المسلمين .

(والثالث) ما قاله عطاء أنه لعن من قاتل المسلمين بها . فعلى هذا لا يكون

ذلك ندبا إلى تفضيل العربية عليها ، ويكون نهيا عن قتال المسلمين بها وبغيرها . وخصها باللعن لأنها كانت أنكى فى المسلمين من غيرها ؛ وقد رمى عنها الصحابة والتابعون فى قتال المشركين ، وان كان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوسه لمن قوى رميه عنها أحب الينا . فان كان بالفارسية أرمى كانت به أولى ، ويكون الندب منهما إلى ما هو به أرمى . اه

فاذا تقرر ذلك فلا يخلو حال المتناضلين فى عقد نضالهما من خمسة أحوال: أحدها أن يشترطا فيه الرمى عن القوس العربية ، فعليهما أن يتناضلا بالعربية ، وليس لأحدهما العدول عنها لأجل الشرط ، فان تراضيا معا بالعدول الى الفارسية جاز (الثانية) أن يشترطا فيه الرمى عن القوس الفارسية فعليهما أن يتناضلا بها وليس لأحدهما العدول الى العربية ، فان تراضيا بالعدول جاز

(الثالثة) أن يشترطا أن يرمى أحدهما عن القوس العربية ويرمى الآخر عن القوس الفارسية فهذا جائز . وان اختلفت قوساهما ، لأن مقصود الرمى حذق الرامى والآلة تبع .

(الرابعة) ان يشترطا أن يرمى كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو فارسية ، فيجوز لكل واحد أن يرمى عن أى القوسين شاء قبل الشروع فى الرمى وبعده . فان أراد أحدهما منع صاحبه من خياره لم يجز ، سواء تماثلا فيها أو اختلفا (الخامسة) أن يطلقا العقد من غير شرط ، فان كان للرماة عرف فى أحد القوسين حمل عليه ، وجرى العرف فى العقد المطلق مجرى الشرط فى العقد المقيد . وإن لم يكن للرماة فيه عرف معهود فهما بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد القوسين اذا كانا فيها متساويين ، لأن مطلق العقد يوجب التكافؤ ، وان اختلفا لم يقرع بينهما لأنه أصل فى العقد ، وقيل لهما ان اتفقتما والا فسخ العقد بينكما .

والشرط الثالث: أن يكون عدد الاصابة من الرشق معلوما ليعرف به الفاضل عن المفضول ، وأكثر مايجوز أن تشترط فيه ما نقص من عدد الرشق المشروط بشيء وان قل ليكون متلافيا للخطأ الذى يتعذر أن يسلم منه المتناضلان ، فقد كان معروفا عندهم أن أحذق الرماة من يصيب ثمانية من العشرة ، فان شرط اصابة الجميع من الجميع بطل لتعذره غالبا ؛ وان شرطا اصابة ثمانيه من العشرة جاز

فإن شرطا إصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ابقاء سهم الخطأ والوجه الثانى: لا يجوز لأن إصابتها نادرة. فأما أقل ما يشترط فى الإصابة فهو ما يحصل فيه القاصر. وهو مازاد على الواحد. وقد نص الشافعى رضى الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة.

واختلف أصحابنا فى تأويل هـذا على وجهين (أحدهما) تأويلها أن يشترطا إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين (والثانى) تأويلها أن يشترطا أن يكون الرشق عشرة والإصابة محتسبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجهاً واحداً لاستحقاق الاصابة من جميع الرشق به، فإن أغفلا عدد الاصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان (أحدهما) من التعليلين فى اشتراط فعله فى سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم فى أى غايه كانت، وهو باطل فى الخيل لعلتين (إحـــداهما) أن من الخيل من يقوى جريه فى ابتدائه ويضعف فى انتهائه؛ ومنها ما هو بضده، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الاصابة باطلا، لأن من الرماة من تكثر إصابته فى الابتداء وتقل فى الانتهاء ومنهم من هو بضده.

والتعليل الثانى: أن اجراء الخيل الى غير غاية مفض الى انقطاعها، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الاصابة لأنه مفض الى انقطاع الرماة.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) ولا يجوز الا أن يكون مدى الغرض معلوما، لأن الاصابة تختلف بالقرب والبعد، فوجب العلم به، فإن كان فى الموضع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه، كما يجوز أن يطلق الثمن فى البيع فى موضع فيه نقد واحد وان لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين، فإن أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق فى موضع لا نقد فيه، ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلهما فى مثله فى العادة؛ ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلهما فى مثله؛ وفيما يصيب مثلهما فى مثله نادراً وجهان:

(أحدهما) يجوز لأنه قد يصيب مثلهما فى مثله، فاذا عقدا عليه بعثهما العقد

على الاجتهاد فى الاصابة (والثانى) لا يجوز لأن اصابتهما فى مثله تندر فلا يحصل المقصود ، وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعا ، ومالا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعا ، وفيما بينهما وجهان ، فإن تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يمتحن به قوة الساعد ، ويستعان به على قتال من بعد من العدو (والثانى) لايجوز لأن الذى يقصد بالرمى هو الاصابة ، فأما الابعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه .

(فصل) ويجب أن يكون الغرض معلوما فى نفسه فيعرف طوله وعرضه وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض ، لأن الاصابة تختلف باختلافه ، فان كان العقد فى موضع فيه غرض معروف فأطلق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد ، وان لم يكن فيه غرض وجب بيانه ، والمستحب أن يكون الرمى بين غرضين ، لما روى عبد الدائم بن دينار قال : بلغنى أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنه . وعن عقبه بن عامر أنه كان يرمى بين غرضين بينهما أربعمائة . وعن ابن عمر أنه كان يختفى بين الغرضين وعن أنس أنه كان يرمى بين الهدفين ، ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعب

(الشرح) خبر : ما بين الهدفين الخ سبق أن سقناه فى الحث على الرمى نقلا عن المصنف وغيره من الفقهاء ، كابن قدامه فى المغنى ، وقد أعضله ولم يوضح ، وأبناء دينار ثلاثه : عبد الله . ومالك . وعمرو ، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم ، بل ليس فى رواة السنه من اسمه عبد الدائم فضلا عن أن يكون ابن دينار

وذكر الماوردى فى الحاوى الخبر مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم من طريق ابن دينار مبهما ، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب فى الترغيب فى الرمى . وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبى الدنيا باسناده عن مكحول عن أبى هريرة يرفعه « تعلموا الرمى فان ما بين الهدفين روضة من رياض الجنه » وفى اسناده ضعف وانقطاع .

أما خبر عقبة بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمى إلى أربعمائة ذراع وهو أحد ولاة مصر بعد عمرو وتوفى فى آخر خلافة معاوية روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وأبو أمامة ومسلمة بن مخلد ورواته من التابعين لا يحصون ، وقد غلط ابن الخياط عندما قال : إنه قتل شهيداً فى معركة النهروان ، ومعركة النهروان كانت سنة ثمان وثلاثين وقد كان بعد ذلك واليا على مصر بعد سنة خمسين .

أما الأحكام : فإن الشرط الرابع من شروط الرمى أن تكون المسافة بين موقف الرامى والهدف معلومة ؛ لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها فلزم العلم بها وأبعدما فى العرف ثلاثمائة ذراع ، وأقلها مايحتمل أن يصاب وأن لا يصاب ؛ فإن أغفلا مسافة الرمى فلها ثلاثه أحوال .

(إحداها) أن لا يكون للرماة هدف منصوب ولا لهم عرف معهود فيكون العقد باطلا للجهاله .

(والثانيه) أن يكون للرماة الحاضرين هدف منصوب وللرماة فيه موقف معروف فيصح العقد ويكون متوجها إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد ، والرماة يسمون موقف الوجه .

(والثالثه) أن لا يكون لهم هدف منصوب ولكن لهم عرف معهود ، ففيه وجهان ، أصحهما يصح العقد مع الاطلاق ، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الأثمان على غالب النقد المعهود ؛ والوجه الثانى : أن العقد باطل ، لان حذق الرماة يختلف فاختلاف لأجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف .

(والشرط الخامس) الذى تضمنه هذان الفصلان من كلام المصنف أن يكون الغرض أو الهدف معلوما لأنه المقصود بالإصابه ، أما الهدف فهو تراب يجمعونه او حائط بيت ، وقد قيل من صنف فقد استهدف لأنه يرمى بالاقاويل من الحاسدين والناقضين . وأما الغرض فهو جلد أو شن بال ينصب فى الهدف ويختص بالإصابه وربما جعل فى الغرض دارة كالهلال تختص بالإصابه ممن يحمله الغرض وهى الغايه فى المقصود من حذق الرماة ، وإذا كان كذلك فالعلم بالغرض يكون من ثلاثه أوجه .

أحدها : موضعه من الهدف فى ارتفاعه وانخفاضه لأن الإصابه فى المنخفض أكثر منها فى المرتفع .

والثانى : قدر الغرض فى ضيقه وسعته ، لان الاصابه فى الواسع أكثر منها فى الضيق ، وأوسع الاغراض فى عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع . والثالث قدر الدارة من الغرض إن شرطت الاصابه فيها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب أن يكون موضع الاصابه معلوما ، وأن الرمى إلى الهدف وهو التراب الذى يجمع أو الحائط الذى يبنى أو إلى الغرض ، وهو الذى ينصب فى الهدف ، أو الشن الذى فى الغرض ، أو الدارة التى فى الشن أو الخاتم الذى فى الدارة ، لان الغرض يختلف باختلافها ، فإن أطلق العقد حمل على الغرض ، لان العرف فى الرمى إصابة الغرض فحمل العقد عليه ، ويجب أن تكون صفة الرمى معلومه من القرع وهو إصابة الغرض أو الخزق وهو أن يثقب الشن أو الخسق وهو الذى يثقبه ، ويثبت فيه ؛ أو المرق وهو الذى ينفذ منه ، أو الخرم وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم فى الشن وبعضه خارجا منه ، لان الحذق لا يبين إلا بذلك ، فإن أطلق العقد حمل على القرع ، لانه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه ، فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز لأنهما يتساويان فيه ، وإن أصاب أحدهما تسعه قرعا وأصاب الاخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضله لانه استكمل العشرة بالخواسق .

(فصل) واختلف أصحابنا فى بيان حكم الاصابه أنه مبادرة أو محاطه أو حوابى ، فنهم من قال : يجب بيانه ، فإن أطلق العقد لم يصح ، لان حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه ، ومنهم من قال : يصح ويحمل على المبادرة لان المتعارف فى الرمى هو المبادرة ، واختلفوا فى بيان من يبتدىء بالرمى ؛ فنهم من قال : يجب فإن أطلق العقد بطل ، وهو المنصوص ؛ لان ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس ، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الاخر

وساء رميه ، فلا يحصل مقصود العقد ، ومنهم من قال : يصح لان ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة ، فإذا قلنا : إنه يصح فني البادىء وجهان .

(أحدهما) إن كان السبق من أحدهما قدم ، لان له مزية بالسبق ، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر .

(والثانى) لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق ، فإن كان الرمى بين غرضين فيبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الاخر من الغرض الاخر ، لأنه أعدل وأسهل ، فان كانت البداية لاحدهما فبدأ الاخر ورمى لم يحسب له إن أصاب ولا عليه ان أخطأ لانه رمى بغير عقد فلم يعتد به ، وان اختلفا فى موضع الوقوف كان الامر إلى من له البداية لأنه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان فاذا صار الثانى إلى الغرض الثانى صار الخيار فى موضع الوقوف اليه ايستويا ، وان طلب أحدهما استقبال الشمس والاخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لانه أوفق للرمى .

(الشرح) لغات الفصل فيها قوله : الشن وهو جلد بال ينصب فى الهدف . أما الدارة فهى قطعة على شكل نصف دائرة ، والقرع باسكان الراء من باب نفع يقال : قرع السهم القرطاس إذا أصابه ، والقرع بفتحتين السبق والندب الذى يستبق عليه .

وأما الأحكام : فإن المصنف ذكر هنا الشرط وهو أن يكون محل الإصابة معلوما ، هل هو فى الهدف أو فى الغرض أو فى الدارة ، لان الاصابة فى الهدف أوسع ، وفى الغرض أوسط وفى الدارة أضيق ، وإن أغفل ذلك كان جميع الغرض محلا للاصابة لان مادونه تخصيص ، ومازاد عليه فهو بالغرض مخصوص ، فإن كانت الاصابة مشروطة فى الهدف سقط اعتبار الغرض ، ولزم وصف الهدف طوله وعرضه ؛ وإن شرطت الاصابة فى الغرض سقط اعتبار الهدف ولزم وصف الغرض ، وإن شرطت الاصابة فى الدارة سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدارة .

(فرع) والشرط السابع : أن تكون الاصابة موصوفه بقرع أو خرق أو خسق فالقارع ماأصاب الغرض ولم يؤثر فيه ، والخارق ماثقب الغرض ولم يثبت فيه ، والخاسق ما ثبت فى الغرض بعد أن ثقب ، ولا يحتسب بالقارع فى الخرق والخسق ، وتحتسب بالخارق فى القرع ولا يحتسب به فى الخسق ، ويحتسب بالخاسق فى القرع والخرق وينطلق على جميع هذه الاصابات اسم الحواصل وهو جمع خصال فإن أغفل هذا الشرط كانت الاصابه محموله على القرع لأن ما عداه زيادة .

(فرع) والشرط الثامن أن يكون حكم الاصابه معلوما ، هل مبادرة أو محاطه لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الاخر ، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين على ماسيأتى ، والمحاطه أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما ويكون الباقى بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه ، فان أغفلا ذلك ولم يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة عرف معهود ، وفى فساده إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وقد رأيت من الرماة من يقول : صاحب السبق أولى أن يبدأ وللمسبق لهما أن يبدأ أيهما شاء ، ولا يجوز فى القياس عندى إلا أن يتشارطا . أما اشتراط الابتداء فهو معتبر فى الرمى دون السبق لانهما فى السبق يتساويان فى الجرى معاً لا يتقدم أحدهما على الاخر ، وأما الرمى فلا بد أن يبتدىء به أحدهما قبل الاخر ولا يرميان معاً لاختلاط رميهما ولما يخاف من تنافرهما ، فان شرطا فى العقد البادى منهما بالرمى كان أحقهما بالابتداء سواء كان المبتدىء مخرج المال أو غير مخرجه ، فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع لأن التقدم حق له وليس بحق عليه ، وإن أغفل فى العقد اشتراط البادىء بالرمى ففى العقد قولان .

(أحدهما) وهو اختيار الشافعى فى هذا الموضع أن العقد باطل لان للبدايه تأثيراً فى قوة النفس وكثرة الاصابه فصارت مقصودة فبطل العقد باغفالها .

(والقول الثانى) أن العقد صحيح ، وإن أغفلت فيه البدايه ، وقد حكاه الشافعى عن بعض فقهاء الرماة لأنه من توابع الرمى الذى يمكن تلافيه بما تزول التهمه

فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعة ، فعلى هذا إن كان مخرج المال أحدهما كان هو البادىء بالرمى اعتباراً بالعرف ، وفيه وجـــه آخر أنه يقرع بينهما ، فإن كانا مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئهما وهل يدخل المحلل فى قرعتهما أو يتأخر عنهما على وجهين (أحـدهما) يتأخر ولا يدخل فى القرعة إذا قيل : إن مخرج المال يستحق التقدم (والوجه الثانى) يدخل فى القرعة ولا يتأخر إذا قيل : إن مخرج المال لا يتقدم إلا بالقرعة .

قال الشـافعى رضى الله عنه : وقد جرت عادة الرماة أن يكون الرامى الثانى يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم فإن كانت مختلفة فيه ، يفعلونه تارة ويسقطونه أخرى سقط اعتباره ووجب التساوى فيه ، وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها ففى لزوم اعتباره بينهما وجهان . أحـدهما : لا يعتبر لوجوب تكافئهما فى العقد فلم يجز أن يتقدم أحدهما على الاخر بشىء لأنه يصير مصيباً بتقدمه لا لحذقه . والوجه الثانى : يعتبر ذلك فيها ، لأن العرف فى العقود كإطلاق الأعيان ، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم فى عدد الأقدام حملا على العرف فى عـددها ليكون القرب بالأقدام فى مقابلة قوة النفس تقدم أحـدهما على الاخر بما لا يستحق لم يحتسب له بصوابه واحتسب عليه بخطئه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : وأيهما بدأ من وجه بدأ صاحبه من الاخر .
قال الماوردى : عادة الرماة فى الهدف مختلفة على وجهين وكلاهما جائز ، فمنهم من يرمى بين هدفين متقابلين فيقف أحد الحزبين فى هدف يرمى منه إلى الهدف الاخر ويقف الحزب الاخر فى الهدف المقابل فيرمى إلى الهدف الاخر اه .

(قلت) والحـكمة فى أن يتقدم أحـدهما الاخر وأن لا يرميا سويا هو أن التساوى فى الرمى مفض الى الاختلاف فى الاصابة حيث لا يعرف من المصيب منهما ومن ثم توجه ما مضى من أقوال وبهذا كله أخذ أحمد وأصحابه .

فاذا تشاحا فى موضع الوقوف ، فان كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون فى أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحا تؤذيه باستقبالها ونحو ذلك ، والاخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لانه العرف فى الرمى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يرميا سهماً سهما وخمسا خمسا ، وأن يرمى كل واحد منهما جميع الرشق ، فإن شرطا شيئا من ذلك حملا عليه ، وان أطلق العقد تراسلا سهما سهما لأن العرف فيه ما ذكرناه ، وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب ، ولا عليه إن أخطأ لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به .

﴿ فصـل ﴾ ولا يجوز أن يتفاضلا فى عدد الرشق ولا فى عدد الإصابة ولا فى صفة الاصابة ولا فى محل الاصابة ، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقا ولا أن يكون فى يد أحدهما من السهام أكثر مما فى يد الآخر فى حال الرمى ، ولا أن يرمى أحدهما والشمس فى وجهه لأن القصد أن يعرف حذقهما ، وذلك لا يعرف مع الاختلاف ، لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمى ، فإن شرط شيئا من ذلك بطل العقد ، لأنه فى أحد القولين كالاجارة ، وفى الثانى كالجعالة ، والجميع يبطل بالشرط الفاسد .

وهل يجب للناضل فى الفاسـد أجرة المثل ؟ فيه وجهان أحدهما لا تجب . وهو قول أبى إسحاق لأنه لا يحصل المسبوق منفعة بسبق السابق فلم تلزمه أجرته (والثانى) تجب ، وهو الصحيح ، لأن كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب عوض المثل فى فاسده كالبيع والاجارة

﴿ فصـل ﴾ وان شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط لأنه شرط ينافى مقتضى العقد فبطل ، وهو يبطل العقد المنصوص أنه يبطل لأنه تمليك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف ، فإذا بطل الشرط بطل العقد ، كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها . وقال أبو إسحاق : يحتمل قولا آخر لا يبطل ، كما قال فيمن أصدق امرأته ألفين على أن تعطى أباها ألفا أن الشرط باطل ويصح الصداق ، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق ، وهل يرجع السابق بأجرة المثل ؟ على الوجهين .

(الشرح) اذا شرطا فى العقد شرطا حملا فيه على موجب الشرط وان خالف العرف لأن الشرط أحق من العرف ؛ فإن شرطا أن يرميا سهما وسهما أو شرطا

أن يرميا خمسا وخمسا ، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمى جميع رشقه رمى كل واحد منهما عـدد ما أوجب الشرط ، فإن زاد عليه لم يحسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن موجب العقد ، وان أغفل ولم يشترط فى العقد لم يبطل العقد بإغفاله لامكان التكافؤ فيه واعتبر فيهاعرف الرماة لأنه يجرى بعد الشرط مجرى الشرط ، فان كان عرف الرماة جاريا بأحد الثلاثة المجوزة من الشرط صـار كالمستحق بالشرط ، وان لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهما وسهما ، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفدا جميع الرشق . لأن قرب المعاودة الى الرمى أحفظ لحسن الصنيع ، فان رمى أحدهما أكثر من سهم فان كان قبل استقرار هـذا الترتيب كان محتسبا به مصيبا ومخطئا ، وان كان بعد استقراره لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا ، لأنه قبل الاستقرار يجوز وبعـد الاستقرار ممنوع .

وهـذا الذى ذكرناه هو الشرط التاسع من شروط الرمى . قال فى الحاوى الكبير : يذكر المبتدىء منهما بالرمى وكيفية الرمى هل يتراميان سـهما وسهما أو خمسا وخمسا ليزول التنازع ويعمل كل واحد منهما على شرطه ، فان أغفل ذكر المبتدىء منهما بالرمى فى العقد قولان (أحدهما) أنه باطل (والثانى) جائز وفى المبتدىء وجهـان (أحدهما) مخرج المـال (والثانى) من قرع ، وان أغفل عدد ما يرميه كل واحد منهما فى يديه فالعقد صحيح ويحملان على عرف الرماة ان لم يختلف ، فان اختلف عرفهم رميا سهما وسهما .

قلت : وقد مضى ذكر الشرط العاشر ، وهو المال المخرج فى النضال ويسمى الخطر ويجب ذكره ، فان كان مجهلا فى استحقاقه لأجرة مثله اذا نضل وجهان (فرع) ولا يجوز أن يتناضلا على أن تكون اصابة أحـدهما قرعا واصابة الآخر خسقا ، لأن المقصـود بالعقد معرفة أحذقهما بالرمى ، كما لا يجوز أن يتفاضلا على أن تكون اصابة أحـدهما خمسة من عشرين واصابة الآخر عشرة من عشرين لما فيه من التفاضل الذى لا يعلم به الأحذق

قال الشافعى رضى الله عنه : وهو متطوع باطعامه اياه ، وما نضله فله أن يحرزه ويتموله ويمنعه منه ومن غيره ، وهو عندى كرجل كان له على رجل دينار

فأسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو ، وقال أيضا : ومستحق سبقه يكون ملكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه إن شاء أطعم أصحابه ، وإن شاء تموله .

قلت : وهذا صحيح إذا نضل الرامى ملك مال النضال وكذلك فى السبق وصار كسائر أمواله ، فإن كان عيناً استحق أخذها ، وإن كان ديناً استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم أصحابه ، من أهل النضال والسباق .

وحكى الشافعى عن بعض فقهاء الرماة أن عليه أن يطعم أصحابه ولا يجوز أن يتملكه ، وهذا فاسد ، لأنه لا يخلو إما أن يكون كمال الاجارة أو مال الجعالة لأن عقده متردد بين هذين العقدين ، والعوض فى كل واحد منهما مستحق يتملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فبطل ماقاله المخالف فيه ، فعلى هذا إن مطل به المنضول قضى به الحاكم عليه وحبسه فيه وباع عليه ملكه . وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسداً . وقد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه أن يطعم أصحابه ، فان شرط عليه فى العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان الشرط فاسداً ، لأنه ينافى موجب العقد ، وفى فساد العقد وجهان

(أحدهما) وهو الظاهر من المذهب أن العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع . والوجه الثانى : وهو قول أبى إسحاق المروزى ، وبه قال أبو حنيفة أن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط ، لأن نفعه لا يعود على مشترطه ، وكان وجوده كعدمه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واذا تناضلا لم يخل إما أن يكون الرمى مبادرة أو محاطة أو حوابى فإن كان مبادرة ، وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق وأن من بدر منهما الى ذلك مع تساويهما فى الرمى كان ناضلا ، فان كان العقد على اصابة عشرة من ثلاثين نظرت — فإن أصاب احدهما عشرة من عشرين ، وأصاب الآخر تسعة

من عشرين ، فالأول ناضل لأنه بادر إلى عدد الاصابة ، وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمى الباقى ، لأن الزيادة على عدد الاصابة غير معتد بها ، وان أصاب الاول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله ، لانه لم يستوف واحد منهما عدد الاصابة فيرميان ، فإن رمى الأول سهماً وأصاب فقد فلج وسقط رمى الباقى ، وإن رمى الاول خمسة فأخطأ فى جميعها ورمى الثانى فأصاب فى جميعها ، فإن الناضل هو الثانى ويسقط رمى ما بقى من الرشق ، لأن الاول أصاب تسعة من خمسة وعشرين . وأصاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين ، وان أصاب الاول تسعة من تسعة عشر وأصاب الاخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادىء سهما فأصاب فقد نضل ، ولا يرمى الثانى ما بقى من رشقه لأنه لا يستفيد به نضلا ولا مساواة ، لأن الباقى من رشقه سهم وعليه اصابة سهمين ، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادىء فأصاب جاز للثانى أن يرمى ، لأنه ربما يصيب فيساويه .

﴿ فصل ﴾ وان كان الرمى محاطة وهو أن يعقدا على اصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الاصابة ويفضل لأحدهما عدد الاصابة فيكون ناضلا نظرت ، فإن كان العقد على اصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل أحدهما الاخر ، لانه لم يفضل له عدد من الاصابة ويرميان ما تبقى من الرشق ، لانه يرجو كل واحد منهما أن ينضل ، فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما فى الرمى واسقاط ما استويا فيه عدد الاصابه لم يخل — اما أن يكون قبل اكمال الرشق أو بعده — فان كان بعد اكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها ، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر ، فالأول هو الناضل ، لأنه يفضل له بعد المحاطه فيما استويا فيه عدد الاصابه ، وان كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الاقل صاحب الاكثر برمى باقى الرشق نظرت ، فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمى الاول خمسة عشر وأصابها ؛ ورمى الثانى خمسة عشر فأصاب خمسة ، لم يكن له مطالبته لان أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقى له وهو خمسه ، ويبقى الأول خمسه فينضله بها ، وان كان له فيه فائدة بأن يرجو

أن ينضل بأن يرمى أحدهما أحد عشر فيصيب ستة ويرمى الاخر عشرة . فيصيب واحداً ، ثم يرمى صاحب الستة فيخطىء فيما بقى له من الرشق . ويرمى صاحب الواحد فيصيب فى جميع ما بقى له فينضله بخمسه أو يساويه بأن يرمى أحدهما خمسة عشر . فيصيب منها عشرة ويرمى الاخر خمسة عشر فيصيب منها خمسه . ثم يرمى صاحب العشرة فيخطىء فى الجميع ويرمى صاحب الخمسه فيصيب فيساويه أو يقلل اصابته بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر ويصيب الاخر سهمين من خمسة عشر ثم يرمى صاحب الاحد عشر ما بقى له من رشقه فيخطىء فى الجميع ويرمى صاحب السهمين فيصيب فى الجميع فيصير له سبعة ويبقى لصاحبه أربعة . فهل لأولهما اصابة مطالبة الاخر بإكمال الرشق ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له مطالبته لأنه بدر الى الاصابه مع تساويهما فى الرمى بعد المحاطة فحكم له بالسبق (والثانى) له مطالبته لأن مقتضى المحاطة اسقاط ما استويا فيه من الرشق . وقد بقى من الرشق بعضه

(فصل) وان كان العقد على حوابى وهو أن يشترطا اصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من اصابة أحدهما ما بعد من اصابة الاخر : فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق . فان رمى أحدهما فأصاب من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له ، فان رمى الآخر فأصاب موضعا بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له وأسقط ما رماه الأول فان عاد الاول ورمى فأصاب الغرض أسقط مارماه صاحبه . وان أصاب أحدهما الشن وأصاب الاخر العظم الذى فى الشن فقد قال الشافعى رحمه الله : من الرماة من قال : انه تسقط الاصابه من العظم ما كان أبعد منه .

قال الشافعى رحمه الله : وعندى أنهما سواء . لأن الغرض كله موضع الاصابه فان استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذى اشترطاه فقد تكافآ وان فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ السبق .

وحكى عن بعض الرماة أنهما اذا أصابا أعلى الغرض لم يتقايسا . قال والقياس أن يتقايسا لأن أحدهما أقرب الى الغرض من الاخر فأسقط الاقرب الابعد . كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه .

(الشرح) أما غريب هذه الفصول فقد مضى شرح المبادرة والمحاطة والحوابى أما قوله : فلج من الفلوج وبابه خرج فيقال : فلج فلوجا أى ظفر بما يريد ، وقوله : نضل أى فاز عليه بالمراماة

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وإن كان رميهما مبادرة فبلغ تسعة عشر من عشرين رمى صاحبه بالسهم الذى يراسله ثم رمى الثانى فإن أصاب بسهمه ذلك فلج عليه ، وإن لم يرم الاخر بالسهم ، لأن المبادرة أن يفوت أحدهما الاخر وليس كالمحاطة .

قال المزنى : وهذا عندى غلط لا ينضله حتى يرمى صاحبه بمثله ، قد ذكرنا أن الرمى ضربان محاطة ومبادرة فالمبادرة صورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيكون الرشق ثلاثين سهما والإصابة المشروطة منها عشرة أسهم فأيهما بدر إلى إصابتها من أقل العددين فيه نضل وسقط رمى الرشق ، وان تكافئا فى الإصابة من عدد متساو سقط رمى الثانى وليس منهما ناضل . وبيانه أن يصيب أحدهما عشرة من عشرين وقد رماها الثانى فنقص منها ، ولا يرميان بقية الرشق لحصول النضال ، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن منهما ناضل ولا منضول وسقط رمى الباقى من الرشق ، لأن زيادة الإصابة فيه غير مفيدة لنضل .

ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الاخر تسعة من عشرين فالنضال بحاله ، لأن عدد الإصابه لم يستوف ، فيرميان من بقية الرشق ما يكمل به اصابة أحدهما عشرة ، فإن رمى الأول سهماً فأصاب فقد فلج على الثانى ونضل وسقط رمى الثانى ، ولو رمى الاول خمسة فأخطأ فى جميعها ورمى الثانى خمسة فأصاب فى جميعها صار الثانى ناضلا وسقط رمى الثانى من الرشق ، لأن الاول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين ثم على هذا الاعتبار .

فأما مسألة الكتاب فصورتها أن يتناضلا على اصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيصيب البادىء منهما تسعة من تسعة عشر ويصيب الاخر ثمانية من تسعة عشر

ثم يرمى البادىء منهما سهما آخر يستكمل به العشرين فيصيب فيصير به ناضلا ؛ ويمنع الاخر من رمى السهم الاخر الذى رماه الثانى لأنه لا يستفيد به نضالا ولا مساواة ، لأن الثانى له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان . ولو رمى فأصابه بقيت عليه إصابة يكون بها منضولا فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد . فلذلك منع منه . ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى المبادى وأصاب كان للمُبْتَدِا أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافىء

فأما المزنى فظن أن الشافعى منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباق فى هذه المسألة فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه فى المسألة المتقدمة للتعليل المذكور .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اشترطا محاطة فكل ما أصاب أحدهما وأصاب الاخر مثله أسقطا العددين ولا شىء لواحد منهما ويستأنفان . وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذى شرطه فينضله به .

قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة . فبدأ الشافعى رضى الله عنه بذكر المحاطة فى الأم وإن جعلها المصنف هنا بعد المبادرة ، لأن الغالب من النضال فى زمانه كان محاطة والغالب فى بلد الشيخ أبى إسحاق كان المبادرة ، وقد قيل أن الشافعى كان رامياً يصيب من العشرة ثمانية فى الغالب ، وهى عادة حذاق الرماة

فاذا عقدا سبق النضال على اصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما وينظر فى الباقى بعد الحط ، فإن كان خمسة فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلا . وان كان الباقى أقل من خمسة لم ينضل ، وان كان أكثر اصابة لنقصانه من العدد المشروط ، واذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد الرمى من أحد أمرين : اما أن يتساويا فى الاصابة أو يتفاضلا ، فان تساويا فى الاصابة فأصاب كل واحد منهما عشراً عشراً أو خمسا خمسا قال الشافعى فلا شىء لواحد منهما ويستأنفان .

فاختلف أصحابنا فى قوله : ويستأنفان على وجهين حكاهما أبو على بن أبى هريرة أحدهما يستأنفان الرمى بالعقد الأول ، لأن عقد المحاطة ما أوجب حط الأقل

من الأكثر وليس مع التساوى عقد حط . فخرج من عقد المحاطة . فلذلك استأنفا الرمى ليصير ما يستأنفانه من عقود المحاطة .

والوجه الثانى : أنه أراد بها يستأنفان عقداً مستجداً ان أحبا ، لأن العقد الواحد لا يلزم فيه اعادة الرمى مع التكافؤ ، كما لا يلزم فى الخيل اعادة الجرى مع التكافؤ .

قال الماوردى : والذى أراه وهو عندى الاصح أن ينظر — فان تساويا فى الاصابة قبل الرشق استأنفا الرمى بالعقد الاول ، وان تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفاه بعقد مستحد ان أحبا لأنهما قبل استكمال الرشق فى بقايا أحكام العقد ، وبعد استكماله قد نقصت جميع أحكامه .

فان تفاضلا فى الإصابة لم يخل تفاضلهما فيها من أقسام ثلاثه :

١ — أن يفضل ولا ينضل بما فضل . وهو أن يشترطا اصابة خمسة من عشرين محاطه فيصيب أحدهما عشرة أسهم ويصيب الاخر ستة أسهم ، فتحط الستة من العشرة يكون الباقى منها أربعه فلا ينضل ، لأن شرط الاصابه خمسه وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر وأصاب الاخر أحد عشر لم ينضل الفاضل لأن الباقى له بعد الحط أربعة ، ثم على هذا الاعتبار ان كان الباقى أقل من خمسة .

٢ — أن ينضل بما فضل بعد استيفاء الرشق . وهو أن يصيب أحدهما خمسة عشر من عشرين ، ويصيب الاخر عشرة من عشرين فينضل الفاضل لأنك اذا أسقطت من اصابته عشرة كان الباقى بعدها خمسة ، وهو عدد النضل . وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة وأصاب الاخر خمسة كان الفاضل ناضلا ، لأنك اذا أسقطت الخمسة من اصابته كان الباقى بعدها خمسة ، وهو عدد الاصابات . وهكذا لو كان الباقى بعد الحط أكثر من خمسة ، ثم على هذا الاعتبار .

٣ ـ أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشر ، ويصيب الاخر خمسة من خمسة عشر ويكون الباقي من الأكثر خمسة ، وهو عـدد النضل ، فهل يستقر النضال بهذا قبل استيفاء الرشق أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما : يستقر النضل ويسقط باقي الرشق ، لأن مقصوده معرفة الأحذق وقد عرف .

والوجه الثـاني : وهو الأظهر ، أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا بقيـة الرشق ، لأن العقد قد تضمنها ، وقد يجوز أن يصيب المفضول جميعها أو أكثرها ويخطىء الفاضل جميعها أو أكثرها . وعلى هذا يكون التفريع فإذا رميا بقيه الرشق وهو الخمسه الباقيه ، فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها فقد استويا ولم ينضل واحـد منهما ، لأن إصابه كل واحد منهما عشرة ، وإن أصـاب الفاضل وأخطأ المفضول جميعها استقر فضل الفاضل لأنه أصاب خمسه وعشرين ، وأصاب المفضول خمسه من عشرين فكان البـاقي بعد الحط عشرة ، هي أكثر من شرطه ، فلو أصاب الفـاضل من الخمسه الباقيه سهما وأصاب المفضول سهمين لم ينضل الفاضل لأن عدد إصابته أحد عشر سهما وعدد إصابه المفضول سبعه إذا حطت من تلك الاصابه كان الباقي أربعه والشرط أن تكون خمسه ، فلذلك لم ينضل وإن فضل .

فلو أصاب الناضل سهمين والمنضول سهمين صار الفاضل ناضلا ، لانه أصاب اثنى عشرة وأصـاب المنضول سبعه يبقى للناضل بعد الحط خمسه ، ولو أصاب أحدهما سبعه من عشرة وأصاب الاخر سهمين من عشرة فإذا رميا بقيه السهام فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها صـــار الاول ناضلا والثاني منضولا ، لان الاول له سبعه والثاني له اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسه ، ولو أصاب الأول جميعها وأصاب الثاني جميعها كان الاول ناضلا لان إصابته سبعه عشر وإصابه الثاني اثنا عشر ، فإن أخطأ الاول في سهم من بقيه الرشق لم يفضل ولم ينضل ، ولو أصـاب اثنى عشر من خمسه عشر وأصاب الاخر سهمين من

خمسة عشر استقر النضل وسقط بقية الرشق وجهاً واحداً ، لأن المنضول لو أصاب جميع الخمسة الباقية من الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولا ، لأن الباقى للفاضل بعد حطها خمسة فلم يستفد ببقية الرمى أن يدفع عن نفسه النضل فسقط ، ثم على هذا الاعتبار .

(فرع) قول المصنف : وإن كان العقد على حوابى . فإن الحوابى نوع من أنواع الرمى وهم فيه أبو حامد الاسفراينى فجعله صفة من صفات السهم وسماه حوابى بإثبات الياء فيه وحذفها وأنه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه حتى ينضل به مأخوذاً من حبو الصبى . وهذا نوع من الرمى المزدلف يفرقان فى الاسم لان المزدلف أحد والحوابى أضعف ويستويان فى الحكم على ما سيأتى ، والذى قاله سائر أصحابنا أن الحوابى نوع من الرمى ، وأن أنواع الرمى ثلاثة : المحاطة والمبادرة والحوابى وقد ذكرنا المحاطة والمبادرة .

فأما الحواب فهو أن يحتسب بالاصابة فى الشن ، وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب به ثم أصاب الاخر الهدف فتر من الشن احتسب به وأسقط إصابة الشبر لأنها أبعد ، ولو أصاب أحدهما خارج الشن واحتسب به وأصاب الاخر فى الشن احتسب به وأسقط إصابة خارج الشن ، ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به وأصاب الاخر الدارة التى فى الشن فاحتسب به وأصاب الاخر العظم الذى فى دارة الشن احتسب وأسقط إصابة الدارة فيكون كل قريب مسقطا لما هو أبعد منه ، فهذا نوع من الرمى ذكره الشافعى فى كتاب الام وذكر مذاهب الرماة فيه وفرع عليه ، ولم يذكره المزنى إما لاختصاره ، وإما لأنه غير موافق لرأيه لضيقه وكثرة خطره ، لأنه يثبت الاصابة بعد إثباتها ، والمذهب — كما ذكر المصنف — جوازه لامرين .

(أحدهما) أنه نوع معهود فى الرمى فأشبه المحاطة والمبادرة .

(والثانى) أنه أبعث على التمرن على الحذق ، والتمرس بمعاطاة الدقة فى التصويب والتسديد فصح ، فإذا كان كذلك فى جواز النضال على إصابة الحواب وكان عقدهما على إصابة خمسة من عشرين فلها إذا تناضلا ثلاثة أحوال .

١ ــ أن يقصرا عن عدد الإصابة .
٢ ــ أن يستوفيا عدد الإصابة .
٣ ــ أن يستوفيها أحدهما ويقصر الاخر عنها .

فأما الأول كأن يصيب كل منهما أقل من خمسة فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الاصابة من العد والمشروط من غير أن يكون فيها ناضل أو منضول ولا اعتبار بالقرب والبعد مع نقصان العدد . وأما الثانية من استيفائهما معا عدد الاصابة فيصيب كل منهما خمسة فصاعداً ، فيعتبر حينئذ حال القرب والبعد ، فإنهما لا يخلو أمرهما من :

(ا) أن تكون الاصابات فى الهدف ، وقد تساوت فى القرب من الشن ، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض فقد تكافئا : وليس فيهما ناضل ولامنضول وهكذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقى سهامه وتساوى السهمان المتقدمان فى القرب من الشن كانا سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ، فإن تقدم لأحدهما سهم وللآخر سهمان وتساوت السهام الثلاثة فى قربها من الشن ففيه وجهان .

أحدهما : أن المتقرب بسهمين ناضل المتقرب بسهم لفضله فى العدد . والثانى أنهما سواء لاناضل فيهما ولامنضول ؛ لأن النضال الحواب موضوع على القرب دون زيادة العدد .

(ب) أن تكون سهام أحدهما أقرب إلى الشن من سهام الاخر ، فأقربهما إلى الشن هو الناضل ، وأبعدهما من الشن هو المنضول ؛ وهكذا لو تقدم لأحدهما سهم واحد فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الاخر أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وكان هو الناضل بسهمه الأقرب .

(ج) أن تكون سهام أحدهما فى الهدف وسهام الاخر فى الشن فيكون المصيب فى الشن هو الناضل والمصيب فى الهدف منضول .

وهكذا لو كان لاحدهما سهم واحد فى الشن وجميع سهام الاخر خارج الشن كان المصيب فى الشن هو الناضل بسهمه الواحد ، وقد أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه

(د) أن تكون سهامهما جميعاً صائبة فى الشن ، ولكن سهام أحدهما أو بعضها فى الدارة وسهام الآخر خارج الدارة وإن كان جميعاً فى الشن ففيه وجهان .

(أحدهما) وقد حكاه الشافعى عن بعض الرماة أن المصيب فى الدارة ناضل والمصيب خارج الدارة منضول قطب الإصابة .

(والوجه الثانى) وإليه أشار الشافعى فى اختياره أنهما سواء وليس منهما ناضل ولا منضول ، لأن جميع الشن محل الاصابة .

وأما الحال الثالثة : وهو أن يستوفى أحدهما إصابة الخمس ويقصر الاخر عنها فهذا على ضربين . أحدهما : أن يكون مستوفى الاصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساويا صاحبه ، فيكون ناضلا والمقصر منضولا . والثانى : أن يكون المقصر فى الاصابة أقرب سهاماً من المستوفى لها ، فليس فيهما ناضل ولا منضول ، لأن المستوفى قد سقطت سهامه ببعدها ، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها ؛ والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن كان النضال بين حزبين جاز . وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : لايجوز لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره ، والمذهب الأول لما رويناه فى أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع . وينصب كل واحد من الحزبين زعيما يتوكل لهم فى العقد ، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً ، كما لايجوز أن يكون وكيل المشترى والبائع واحداً ، ولايجوز إلا على حزبين متساويى العدد لأن القصد معرفة الحذق ، فإذا تفاضلا فى العدد فضل أحدهما الاخر بكثرة العدد لا بالحذق وجودة الرمى ، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا فى نضال الاثنين ، ولايجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار ، فإن اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز ، لأنه ربما أخرجت القرعة الحذاق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الاخر ، فإن عدل بين الحزبين فى القوة والضعف بالاختيار ، ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع .

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم ، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين ، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين ، لأنه إذا لم يفعل ذلك بقى سهم ولا يمكن اشتراك جماعة فى سهم واحد ، فإن خرج فى أحد الحزبين من لا يحسن الرمى بطل العقد فيه ، لأنه ليس بمحل فى العقد وسقط من الحزب الاخر بإزائه واحد ، كما إذا بطل البيع فى أحد العبدين سقط ما فى مقابلته من الثمن وهل يبطل العقد فى الباقى من الحزبين ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة .

فإن قلنا : لا يبطل فى الباقى ثبت للحزبين الخيار فى فسخ العقد ، لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم ، فان اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج فى مقابلته من الحزب الاخر فسخ العقد ، لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه فقسخ . ومن أصحابنا من قال : يبطل فى الجميع قولا واحداً ، لأن من فى مقابلته من الحزب الاخر لا يتعين ، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة ، فبطل فى الجميع . فإن نضل أحد الحزبين الاخر ففى قسمة المال بين الناضلين وجهان .

أحدهما : تقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية ، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق .

والثانى : تقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم استحقوا بالإصابة فاختلف باختلاف الاصابة ، ويخالف ما لزم المنضولين ، فإن ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمى ، فاعتبر بقدر الاصابة ، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً ، وبالله التوفيق .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : إذا اقتسموا ثلاثة وثلاثة فلا يجوز أن يقترعوا وليقسموا قسما معروفا . قلت : إذا صح هذا فالنضال ضربان : أفراد وأحزاب ، فأما نضال الأفراد فقد مضى فى فصول الكتاب . وأما نضال الأحزاب فهو أن يناضل حزبان يدخل فى كل واحد منهما جماعة يتقدم عليهم أحدهم فيعقد النضال على جميعهم فهذا يصح على شروطه ، وهو منصوص الشافعى وعليه جماعة أصحابه وجمهورهم .

وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه لا يصح لأن كل واحد يأخذ بفعل غيره وهذا فاسد لأنهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحــداً فاشتركوا فى موجبه لاشتراكهم فى فعله مع ورود السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم برواية أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم مر بقوم يرمون فقال : ارموا وأنا مع بنى الاذرع ؛ فأمسك القوم قسيهم وقالوا : يا رسـول الله من كنت معه غلب ، فقال : ارموا وأنا معكم كلكم فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين ولان مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب والجهـاد ، وهو بالأحزاب والمجموعات أشد تحريضاً وأكثر اجتهاداً ، وأدعى إلى التنسيق بين أفراد الجماعة وربطهم بالنظام والقيادة ، وتلك لعمر الله أعظم أسباب النصر فى الجهاد .

فاذا ثبت جوازه فى الحزبين بجوازه بين الاثنين فلصحته خمسه شروط :

(أحدها) أن يتساوى عدد الحزبين ، ولا يفضل أحدهما على الاخر فيكونوا ثلاثة وثلاثة ، أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر ، فان فضل أحدهما على الآخر برجل بطـل العقد لأن مقصوده معرفة أحذق الحزبين ، فاذا تفاضلوا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمى .

(الثانى) أن يكون العقد عليهم باذنهم ، فان لم يأذنوا فيه لم يصح ، لانه عقد معاوضه متردد بين الاجارة والجعالة ، وكل واحد منهما لا يصح إلا باذن واختيار فان عقد عليهم من لم يستأذنهم بطل (والثالث) أن يعينوا على متولى العقد منهم فيكون فيه متقدما عليهم ونائباً عنهم ، فان لم يعينوا واحداً منهم لم يصح العقد عليهم لانه توكيل فلم يصح إلا بالتعيين ، ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم وأطوعهم ، لان صفة الزعيم فى العرف أن يكون متقدماً فى الصناعة ، مطاعا فى الجاعة ، فان تقدموه فى الرمى وأطاعوه فى الاتباع جاز ، وان تقدمهم فى الرمى ولم يطيعوه فى الاتباع لم يجز ، لان أهم خصائص الزعيم أن يكون مطاعا ، فاذا أمر ولم يتبعه أحد فلا يجوز العقد عليه .

(والرابع) أن يكون زعيم كل واحـد من الحزبين غير زعيم الحزب الاخر

لتصح نيابته عنهم فى العقد عليهم مع الحزب الاخر ، فان كان زعيم الحزبين واحداً لم يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل فى العقد بائعاً ومشتريا .

والشرط الخامس وهو مسألة الكتاب أن يتعين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومراضاة ، فان عقده الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون فى كل حزب لم يصح ، مثال ذلك : أن يكون الحزبان ثلاثة وثلاثة ، فيقول الزعيمان نقترع عليهم فمن خرجت قرعتى عليه كان معى ، ومن خرجت قرعتك عليه كان معك ؛ فهذا لا يصح لامرين .

أحدهما : أنهم أصل فى عقد فلم يصح عقده على القرعة كابتياع أحد العبدين بالقرعة

والثانى : أنه ربما أخرجت القرعة حذاقهم لأحد الحزبين ، وضعفاءهم للحزب الآخر ، فخرج عن مقصود التحريض فى التناضل ، فان عدلوا بين الحزبين فى الحذق والضعف قبل العقد على أن يقترع الزعيمان على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصح التعليل الأول من كونهم فى العقد أصلا دون التعليل الثانى من اجتماع الحذاق فى أحد الحزبين ، لانهم قد رفعوه بالتعديل ، فاذا ثبت تعينهم قبل العقد بغير قرعة تعينوا فيه بأحد أمرين ، إما بالاشارة إليهم إذا حضروا ، وإن لم يعرفوا ، وإما بأسمائهم إذا عرفوا ، فان تنازعوا عند الاختيار قبل العقد فعدلوا إلى القرعة فى التقدم بالاختيار جاز لأنها قرعه فى الاختيار وليست بقرعه فى العقد ، فاذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحداً ثم اختار الزعيم الثانى واحداً ؛ ثم دعا الزعيم الاول فاختار ثانيا واختار الزعيم الثانى ثانيا ، ثم عاد الاول فاختار ثالثا ، وأخذ الاخر الثالث الباقى . ولم يجز أن يختار الاول الثلاثة فى حال واحدة لانه لا يختار إلا الاحذق ، فيجتمع الحذاق فى حزب والضعفاء فى حزب فيعدم مقصود التناضل من التحريض .

(فرع) فاذا تكاملت الشروط الخمسه فى عقد النضال بين الحزبين لم يخل حالهم فى مال السبق من ثلاثه أقسام .

أحدها : أن يخرجها أحد الحزبين دون الاخر ، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب باخراجه أو اشتركوا فيه . ويكون الحزب المخرج للسبق معطيا إن كان

منضولا وغـير آخذ إن كان ناضلا ، ويكون الحزب الآخر آخذاً إن كان ناضلا وغير معط إن كان منضولا ، وهذا يغنى عن المحلل لانه محلل .

والقسم الثانى : أن يكون الحزبان مخرجين ، ويختص باخراج المال زعيم الحزبين فهذا يصح ويغنى عن محلل ، لأن مدخـل المحلل ليأخذ ولا يعطى ، ورجال كل حزب يأخذون ولا يعطون ، فاذا نضل أحـد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه ، وقسم مال الحزب المنضول بين أصحابه ، فان كان الزعيم راميا معهم شاركهم فى مال السبق ، وإن لم يرم معهم فلا حق له فيه ، لانه لا يجوز أن يتملك مال النضال من لم يناضل ، وصـار معهم كالأمين والشاهد ؛ فان رضخوا له بشىء منه عن طيب أنفسهم جاز وكان تطوعا ، فان شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط ولم يبطل به العقد لانه ليس بينه وبين أصحابه عقد يبطل بفساد شرطه ، وإنما العقد بين الحزبين وليس لهذا الشرط تأثير فيه .

والقسم الثالث : أن يخرجا المال ويشترك أهل كل حزب فى إخراجه ، فهذا لا يصح حتى يدخـل بين الحزبين حزب ثالث يكون محللا يكافىء كل حزب فى العدد والرمى يأخذ ولا يعطى كما يعتبر فى إخراج المتناضلين المال أن يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطى .

فاذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفنا اشتمل الكلام بعد تمامه بالمال المسمى فيه على ثلاث مسائل .

(إحداها) فى حكم المال المخرج فى كل حزب ، ولهم فيه حالتان . احداهما : أن لا يسموا قسط كل واحـــد من جماعتهم فيشتركوا فى التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه لاستوائهم فى التزامه ، فان كان زعيمهم راميا معهم دخل فى التزامه كأحدهم كما يدخل فى الاخذ معهم ، فان لم يكن راميا لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم .

والثانية : أن يسموا قسط كل واحد منهم فى التزام مال السبق فهو على ضربين أن يتساوى فى التسمية فيصح ، لانه موافق لحكم الإطـلاق . والضرب الثانى : أن يتفاضلوا فيه ، ففى جوازه وجهان (أحـدهما) لا يجوز لتساويهم فى العقد فوجب أن يتساووا فى الالتزام .

(والثانى) يجوز لأنه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد فاعتبر فيه التراضى فان شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطاً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فبطل ولا يؤثر بطلانه فى العقد لأنه ليس فيما بينهم عقد وكانوا متساوين فيه .

المسألة الثانيه فى حكم نضالها وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عدداً يكون له ثلث صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة ، لأنه ليس له ثلث صحيح .

وان كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح ، وهكذا ان كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لانه اذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب الا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لأن اشتراكهم فى رمى السهم لا يصح ، فأما عدد الإصابة المشروطه فيجوز أن لا ينقسم على عددهم لان الاعتبار فيها باصابتهم لا باشتراكهم ، فاذا استقر هذا بينهم لزعيم كل حزب باصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب فى الإصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب ، فاذا جمعت الاصابتان والمشروط فيها اصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الاصابتين من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون المجموع من اصابة كل حزب خمسين فصاعداً ، فليس فيهما منضول ، وان تفاضلا فى النقصان من الخمسين .

والحال الثانيه : أن مجموع اصابة كل منهما أقل من خمسين ، فليس فيهما منضول لتساويهما فى النقصان .

والحال الثالثة : أن يكون مجموع اصابة احداهما خمسين فصاعداً ، ومجموع اصابة الاخر أقل من خمسين فستكمل الخمسين هو الناضل ، وان كان أحدهم فى

الإصابة مقلا فالمقصور عن الحسين هو المنضول ، وإن كان أحدهم فى الإصابة مكثراً فيصير مقلل الإصـــابة آخذاً ومكثرها معطياً ، لأن حزب المقلل ناضل وحزب المكثر منضول .

المسألة الثالثة فى حكم المال إذا استحقه الحزب الناضل . فيقسم بين جميعهم وفى قسمته بينهم وجهان :

(أحدهما) أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم فى الاصابة لاشتراكهم فى العقد الذي أوجب تساويهم فيه .

والوجه الثانى : أنه يقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم بالاصابة قد استحقوه فلا يكافىء مقل الاصابة مكثرها . وخالف التزام المنضولين حيث تساووا فيه مع اختلافهم فى الخطأ ، لأن الالتزام قبل الرمى فلم يعتبر بالخطأ والاستحقاق بعد الرمى ، فصار معتبراً بالصواب .

فعلى هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناضل فى جميع سهامه ففى خروجه من الاستحقاق وجهان :

(أحدهما) يستحق معهم وإن لم يصب اذا قيل بالوجه الأول : انه مقسوم بينهم بالسوية لا على قدر الاصابة .

والوجه الثانى أنه يخرج بالخطأ من الاستحقاق ويقسم بين من عداه اذا قيل بالوجه الثانى إنه مقسوم بينهم على قدر الاصابة ويقابل هذا أن يكون فى الحزب المنضول من أصاب بجميع سهامه . ففى بخروجه من التزام المال وجهان .

(أحدهما) يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطىء من استحقاقه

والوجه الثانى : لا يخرج من الالتزام ويكون فيه أسـوة من أخطأ إذا قيل بدخول المخطىء فى الاستحقاق ، وأنه فيه أسوة من أصاب . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب بيان الاصابة والخطأ فى الرمى)

إذا عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذى يشد فيه الشن ، أو العرى وهو السير الذى يشد به الشن على الجريد ، حسب له . لأن ذلك كله من الغرض ، وإن أصاب العلاقة ففيه قولان (أحدهما) يحسب له ، لأنه من جملة الغرض ، ألا ترى أنه إذا مد امتد معه فأشبه العرى (والثانى) لا يحسب لأن العلاقة ما يعلق به الغرض . فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به ، وإن شرط إصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما لم يحسب له . لأنه لم يصب الخاصرة .

وإن شرط اصابة الشن فأصاب العروة - وهو السير أو العلاقة - لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن ، فإن أصاب سهماً فى الغرض - فإن كان السهم متعلقا بنصله وباقيه خارج الغرض - لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الغرض طول السهم ؛ ولا يدرى لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب ؟ وان كان السهم قد غرق فى الغرض الى فوقه حسب له ، لأن العقد على اصابة الغرض ، ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض . فإن خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض الى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له وان أصاب الغرض فى الموضع الذى انتقل اليه حسب عليه فى الخطأ لأنه أخطأ فى الرمى ، وانما أصاب بفعل الريح لا بفعله .

وان رمى وفى الجو ريح ضعيفة فأرسل السهم مفارقا الغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض ، أو كانت الريح خلفه فنزع نزعا قريبا ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له . لأنه أصاب بفراهته وحذقه ، وان أخطأ حسب عليه ، لأنه أخطأ بسوء رميه ؛ ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له ؛ فإذا أخطأ معها حسب عليه .

وان كانت الريح قوية لا حيلة له فيها لم يحسب له اذا أصاب ، لأنه لم يصب بحسن رميه ، ولا يحسب عليه اذا أخطأ لأنه لم يخطىء بسوء رميه . وانما أخطأ

بالرمى فى غير وقته ، وإن رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه ، لأنه لم يخطىء بسوء رميه ، وإنما أخطأ بعارض الريح . وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا : فيه وجهان بناء على القولين فى إصابة السهم المزدلف ، وعندى أنه لا يحسب له قولا واحداً لأن المزدلف انما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه ، وان رمى سهما فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمى وأردئه

(فصل) وان انكسر القوس أو انقطع الوتر ، أو أصابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له ، لأن اصابته مع اختلال الالة أدل على حذقه ، فان أخطأ لم يحسب عليه فى الخطأ لأنه لم يخطىء بسوء رميه وانما أخطأ بعارض . وان أغرق السهم فخرج من الجانب الاخر نظرت ، فإن أصاب حسب له لأن اصابته مع الاغراق أدل على حذقه ، وان أخطأ لم يحسب عليه . ومن أصحابنا من قال : يحسب عليه فى الخطأ لأنه أخطأ فى مد القوس ، والمنصوص هو الاول ، لأن الاغراق ليس من سوء الرمى ، وانما هو لمعنى قبل الرمى فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس ، وان انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه فى الخطأ لأنه انما لم يصب لفساد الالة لا لسوء الرمى ، وان أصاب بما فيه النصل حسب له لأن اصابته مع فساد الالة أدل على حذقه ؛ وان أصابه بالموضع الاخر لم يحسب له لأنه لم يصب ، ولم يحسب عليه لأن خطأه لفساد الالة لا لسوء الرمى .

(فصل) وان عرض دون الغرض عارض من انسان أو بهيمة نظرت فان رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمى وان نفذ السهم وأصاب حسب له ، لأن اصابته مع العارض أدل على حذقه . وحكى أن الكسعى كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظبياً فرمى فأنفذه وخرج السهم فأصاب حجراً وقدح فيه نارا فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع ابهامه ، فلما أصبح رأى الظبي صريعا قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت به العرب مثلا وقال الشاعر :

ندمت ندامة الكسعى لما   رأت عيناه ما صنعت يداه

وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق انه يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه أخطأ بسوء الرمى لا للعارض ، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض ، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه فى الخطأ . (والثانى) أنه لا يحسب عليه لان العارض قد يشوش الرمى فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه . وان رمى السهم فأصاب الأرض وازدلف فأصاب الغرض ففيه قولان (أحدهما) يحسب لأنه أصاب الغرض بالنزعة التى أرسلها وما عرض دونها من الارض لا يمنع الاحتساب كما لو عرض دونه شىء فهتكه وأصاب الغرض (والثانى) لا يحسب له ، لأن السهم خرج عن الرمى الى غير الغرض وانما أعانته الارض حتى ازدلف عنها الى الغرض فلم يحسب له ، وان ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان (أحدهما) يحسب عليه فى الخطأ لأنه انما ازدلف بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه (والثانى) لا يحسب عليه لأن الأرض تشوش السهم وتزيله عن سننه فاذا أخطأ لم يكن من سوء رميه

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أغرق أحدهما فأخرج السهم من يده ولم يبلغ الغرض كان له أن يعود من قبل العارض

فأما اغراق السهم فهو أن يزيد فى مد القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المعهود الى جانب الاخر ، فان من أجناس القسى والسهام ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامى جارياً على ابهامه فيكون اغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد الى يساره جارياً على سبابته ، فيكون اغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد الى يساره جاريا على سبابته ، ومنها ما يكون مخرجه على يسار الرامى جاريا على سبابته فيكون اغراقه أن يخرج على يمينه جاريا على ابهامه ، فاذا أغرق السهم قال الشافعى : لم يكن اغراقه من سوء الرمى وانما هو لعارض فلا يحتسب عليه ان أخطأ به ؛ وفيه عندى نظر . لأنه اذا لم يمد القوس بحسب الحاجة حتى زاد فيه فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمى أشبه ، فاذا أخطأ بالسهم المغرق لم يحتسب عليه على مذهب الشافعى ، وان أصاب به احتسب له لان الاصابة به مع المحلل أدل على حذق الرامى من الاصابة مع الاستقامة

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو أرسله مفارقا للشن فهبت ريح فصرفته إليه ؛ أو مقصر فأسرعت به فأصاب حسب مصيباً ولا حكم للريح اه . إننا نعلم أن الريح تأثيراً فى تغيير مجرى السهم عن جهته ، وحذاق الرماة يعرفون مخرج السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطىء ؟ فإذا خرج السهم فغيرته الريح فهو على ضربين .

(أحدهما) أن يخرج مفارقا للشن فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون مقصراً عن الهدف فتهيته الريح حتى أصاب فتعتبر حال الريح ، فان كانت ضعيفة كان محسوبا فى الإصابة لأننا على يقين من تأثير الرمى وفى شك من تأثير الريح ، وإن كانت الريح قوية نظر ، فإن كانت موجودة عند الإرسال كان محسوبا فى الإصابة لأنه قد اجتهد فى التحرز من تأثير الريح وحسب حسابها بتحريف سهمه فأصاب باجتهاده ورميه ، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم فنى الاحتساب به وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه فى الاحتساب باصابة المزدلف . أحدهما : يحتسب به مصيباً إذا احتسبت إصابة المزدلف . والوجه الثانى : لايحتسب مصيباً ولا مخطئا ، إذا لم يحتسب باصابة المزدلف .

(والضرب الثانى) أن يخرج السهم موافقاً للهدف فتعدل به الريح حتى يخرج عن الهدف فيعتبر حال الريح ، فان كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس ألغى السهم ولم يحتسب به فى الخطأ ، لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن ، فلم ينسب إلى سوء الرمى ، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر فيها فان كانت قوية لم يحتسب به فى الخطأ لأنه أخطأ فى اجتهاده الذى يتحرز به من الريح ، ولم يخطىء فى سوء الرمى .

وإن كانت الريح ضعيفة فنى الاحتساب به فى الخطأ وجهان . أحدهما : يكون خطأ لأننا على يقين من تأثير الرمى وفى شك من تأثير الريح . والثانى لا يكون محسوباً فى الخطأ لأن الريح تفسد صنيع المحسن . وإن قلت كا تفسده إذا كثرت فاذا أزالت الريح الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن من ثلاثة أحوال .

١ ـ أن يقع فى غير الشن وفى غير موضعه الذى كان فيه فيحتسب به مخطئا لأنه وقع فى غير محل الاصابة قبل الريح وبعدها .

٢ ـ أن يقع فى الموضع الذى كان فيه الشن فى الهـــدف فيحتسب مصيبا لوقوعه فى محل الاصابة .

٣ ـ أن يقع فى الشن بعد زواله عن موضعه ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم فتحتسب به فى الخطأ لوقوعه فى غير محل الاصابة عند خروج السهم . والضرب الثانى : أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه وعلم الرامى بزواله فينظر فى الموضع الذى صار فيه ، فان كان خارجا من الهدف لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن محل الصواب والخطأ ، وان كان مماثلا لموضعه من الهدف احتسب به مصيبا ، لأنه قد صار محلا للاصابة ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وكذلك لو انقطع وتره أو انكسر قوسه فلم يبلغ الغرض ، أو عرض دونه دابة أو إنسان فأصابه أو عرض له فى يده ما لا يمر السهم معه كان له أن يعود به .

قلت : إذا انقطع وتره أو انكسر قوسه فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحتسب عليه ، لأنه لم يخطىء لسوء رميه ، ولكن انقص آلته ، ولو أصاب به كان محسوبا من اصابته لأنه أدل على حذقه ، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو انسان وقع السهم فيه ومنع من وصوله الى الهدف لم يحتسب عليه وأعيد السهم اليه ؛ فان خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل الى الهدف فأصاب كان محسوبا من اصابته لأنه بالاصابة مع هذا العارض أشد وأرمى ، ويسمى هذا السهم مارقا .

وقد كان الكسعى فى العرب راميا وقصته كما ساقها المصنف على وجهها ، والكسعى هو محارب بن قيس من كسيعه ، وقيل : هو من بنى محارب من قحطان واسمه عامر بن الحارث ، وقد قال عن نفسه أو قيل بلسان حاله فيما جرت عليه عادة القصاص من تسجيل الاخبار بالشعر على لسان أصحابها :

ندمت ندامة لو أن نفسى تطاوعنى إذن لقطعت خمسى

تبين لى سفاه الرأى منى لعمر أبيك حين كسرت قوسى

وهكذا لو عرض للرامى علة فى يده أو أخذته ريح فى يديه ضعف بها عن مد قوسه لم يحتسب عليه إن قصر أو أخطأ ، لأنه لعارض يمنع وليس من سوء رمى أو قلة حذق .

قال الشافعى رضى الله عنه : فأما إن جاز السهم وأجاز من وراء الناس فهذا سوء رمى وليس بعارض غلب عليه فلا يرد اليه . يقال : جاز السهم إذا مر فى أحد جانبى الهدف ويسمى خاصر وجمعه خواصر ؛ لأنه فى أحد الجانبين مأخوذ من الخاصرة لأنها فى جانبى الإنسان ، ويقال : أجاز السهم إذا وقع وراء الهدف ، فإذا جاز السهم وسقط فى جانب الهدف أو أجاز فوقع وراء الهدف كان محسوباً من خطئه ، لأنه منسوب إلى سوء رميه ، وليس بمنسوب إلى عارض فى يديه أو إليه .

وقال أبو على بن أبى هريرة : الجائز أن يقع فى الهدف عن أحد جانبى الشن فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة فى الشن كان الجائز مخطئا ، وإن كانت مشروطة فى الهدف كان الجائز مصيباً ، ويجوز أن يشترطا أن تكون إصابة سهامهما جائزة فيحتسب بالجائز ولا يحتسب بغير الجائز .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كان الشن منصوباً فرق منه كان عندى خاسقا ، ومن الرماة من لا يحتسبه إذا لم يثبت فيه .

أما السهم المارق فهو أن ينفذ فى الشن وهو منصوب فوق الهدف ويخرج منه فيقع وراء الهدف فيحتسب به فى القارع ، فأما الخاسق ففى الاحتساب به قولان أحدهما : وهو منصوص الشافعى أنه يحتسب به خاسقا اعتباراً بالمعنى وأنه زائد على الخسق فيؤخذ فيه معنى الخسق . والقول الثانى حكاه الشافعى عن بعض الرماة أنه لا يحتسب به خاسقا اعتباراً بالاسم لانه يسمى مارقا ولا يسمى خاسقا ، فمن أصحابنا من أثبت هذا القول للشافعى ، ومنهم من نفاه عنه ، لانه أضافه إلى غيره ولا يكون مخطئا ، وإن لم يحتسب خاسقا لا يختلف فيه أصحابنا .

وأما السهم المزدلف فهو أن يقع على الأرض ثم يزدلف منها بحمولته وحدته فيصير فى الهدف ، ففى الاحتساب به مصيبا قولان . أحدهما : يحتسب به مصيبا لانه بحدة الرمى أصاب . والقول الثانى : ليس بمصيب لخروجه من الرامى إلى غير الهدف ، وإنما أعادته الارض حين ازدلف عنها فى الهدف .

قال أبو إسحاق المروزى : ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قولين ، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقاة الأرض ، فإن ضعفت حموته بعد ازدلافه ولانت كان محسوبا فى الاصابة ، وإن قويت وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيبا ، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه ، لان مروق السهم من فعل الرامى ، وازدلافه من تأثير الارض . فعلى هذا فى الاحتساب به مخطئا إذا لم يحتسب به مصيبا وجهان . أحدهما : يكون مخطئا لانه من سوء الرمى . والثانى : لا يكون مخطئا ما أصاب ويسقط الاعتداد به مصيبا ومخطئا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان العقد على اصابة موصوفة نظرت ، فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخزق أو خسق أو مرق حسب له لأن الشرط هو الاصابة ؛ وقد حصل ذلك فى هذه الأنواع .

(فصل) وان كان الشرط هو الخسق نظرت ، فان أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط حسب له ، لان الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك كما لو ثبت ثم نزعه انسان ، فان ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يحسب له ، لأن الخسق ان يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك ، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه .

(والثانى) وهو الصحيح : انه لا يحسب له لأن الاصل عدم الخسق ، وانه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له ، وان كان الغرض ملصقا بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه ، فقال الرامى : قد خسق الا أنه لم يثبت فيه لغلظ

لقيه من نواة أو حصاة . وقال رسيله : لم يخسق ، نظرت ، فإن لم يعلم موضع الإصابة من الغرض فالقول قول الرسيل ، لأن الأصل عدم الخسق ، وهل يحلف ؟ ينظر فيه فإن فتش الغرض فلم يكن فيه شىء يمنع من ثبوته لم يحلف ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن .

وإن علم موضع الإصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وإن كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول الرامى ، لأن المانع شهد له (والثانى) أن القول قول الرسيل لأن الاصل عدم الخسق ، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقا ، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه فلا يحكم له بالخسق بالشك ، وإن كان فى الشن خرق أو موضع بال فوقع فيه السهم وثبت فى الهدف نظرت ، فان كان الموضع الذى ثبت فيه فى صلابة الشن اعتد به ، لأنا نعلم أنه لو كان الشن صحيحا لثبت فيه ، وإن كان دون الشن فى الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه ، لأنا لا نعلم أنه لو كان صحيحا هل كان يثبت فيه أم لا ؟ فيرد اليه السهم حتى يرميه .

وإن خرمه وثبت ففيه قولان (أحدهما) يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت (والثانى) لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم فى جميع الشن ولم يوجد ذلك ، فان مرق السهم فقد قال الشافعى رحمه الله : هو عندى خاسق ومن الرماة من لا يحتسبه ، فن أصحابنا من قال : يحتسب له قولا واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له . لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة ، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب فكذلك اذا مرق والشرط الخسق

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يحسب له لما ذكرناه (والثانى) لا يحسب له لان الخسق أن يثبت ، وما ثبت ، ولان فى الخسق زيادة حذق وصنعة من نزع القوس بمقدار الخسق ، والتعليل الاول أصح ، لان هذا يبطل به اذا مرق والشرط القرع ، وإن أصاب الشن ومرق وثبت فى الهدف

ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن فى الصلابة فقال الرامى هذا الجلد قطعه سهمى بقوته ، وقال الرسيل بل كان فى الشن ثقبة وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل لحصلت فى السهم فالقول قول الرسيل لان الاصل عـدم الخسق .

(فصل) إذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد ، لان المقصود معرفة حذقه ؛ وقد فات ذلك فبطل العقد كما لو هلك المبيع ، وان رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر ، وان أراد أن يفسخ ـ فان قلنا انه كالجعالة كان حكمه حكم الفسخ من غير عذر ، وقد بيناه فى أول الكتاب ، وان قلنا إنه كالاجارة جاز أن يفسخ . لانه تأخر المعقود عليه فملك الفسخ كما يملك فى الاجارة ، وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمى للدعة ـ فان قلنا انه كالاجارة ـ أجبر عليه كما أجبر فى الاجارة ، وان قلنا انه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر فى الجعالة

(الشرح) قال الشـافعى رضى الله عنه : ولو تشارطا المصيب ، فمن أصاب الشن ولم يخرق حسب له لانه مصيب

قلت : فاذا تشارطا الاصابة احتسب كل مصيب من قارع وخارق وخاسق ، لان جميعها مصيب . وهكذا لو تشارطا الاصابة قرعا احتسب بالقارع وبالمارق وبالخاسق لانه زيادة على القرع . ولو تشـارطا الخواصر احتسب بكل مصيب لان اصابة الخواصر مشـتمل على كل مصيب من قارع وخارق وخاسق . فأما الخواصر فهو ما أصاب جانب الشـن ؛ فان شرطا فى الرمى لم يحتسب الا به ، وان لم يشـترطاه احتسب به مع كل مصيب فى الشن اذا كانت الاصـابة مشروطة فى الشن .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو تشارطا الخواسق والشن ملصق بالهدف فأصاب ثم رجع فزعم الرامى أنه خسق ثم رجع لغلظ لقيه من حصاة أو غيرها وزعم المصاب عليه أنه لم يخسق ، وانما قرع ثم رجع فالقول قوله مع يمينه الا أن تقوم بينة فيؤخذ بها

واشتراط الخسق إنما يكون فى إصابة الشن دون الهدف . وقد ذكرنا أن الشن وهو جلد ينصب فى الهدف تمد أطرافه بأوتار أو خيوط تشد فى أوتاد منصوبة فى الهدف المبنى ، وربما كان ملصقاً بحائط الهدف . وربما كان بعيداً منه بنحو من شبر أو ذراع ، وهو أبعد ما ينصب . وخسق الشن إذا كان بعيداً من الهدف أوضح منه إذا كان ملصقا به .

فإذا رمى والشن ملصق بالهدف فأصاب الشن ثم سقط بالاصابة خسق فزعم الرامى أنها خسق ، ولقى غليظا فى الهدف من حصاة أو نواة فرجع وهو خاسق ، وزعم المرمى عليه أنه قرع فسقط ولم يخسق فلهما ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم صدق الرامى فى قوله بغير يمين ، لأن الحال شاهدة بصدقه

والحال الثانية : أن يعلم صدق المرمى عليه فى إنكاره إما بأن لا يرى فى الشن خسقاً ، وإما بأن لا يرى فى الهدف غلظا ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، لأن الحال شاهدة بصدقه

والحال الثالثة : أن يحتمل صدق المدعى وصدق المنكر لأن هل فى الشن خواسق أم لا ، فإن كانت بينة حمل عليها ، وإن عدمت البينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يحتسب به مصيبا ، وفى الاحتساب به مخطئا وجهان :

(أحدهما) يحتسب به فى الخطأ إذا لم يحتسب به فى الاصابة لوقوف الرامى بين صواب وخطأ .

والوجه الثانى : لا يحتسب به فى الاصابة ، لأن الاصابة لا يحتسب بها الا مع اليقين . وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين ، فإن نكل المنكر عن اليمين أحلف الرامى . فإذا حلف احتسب بإصابته

قال الشافعى رحمه الله : وإن كان الشن بالياً فأصاب موضع الخرق فصار فى الهدف فهو مصيب .

وهذا معتبر بالشن والهدف ولهما ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الهدف أشد من الشن لأنه مبنى قد قوى واشتد فإذا وصل السهم اليه من ثقب فى الشن

ثبت فى الهدف الذى هو أقوى من الشن كان ثبوته فى الشن الاضعف أجدر . وهو الذى أراده الشافعى فيحتسب به خاسقا

والحال الثانية أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد لأنه جلد متين والهدف تراب ثائر أو طين لين فلا يحتسب به مصيبا ولا مخطئا ، أما الاصابة فلجواز أن لا يخسق الشن . وأما الخطأ فلعدم ما خسقه مع بلى الشن

والحال الثالثة : أن يتساوى الشن والهدف فى القوة والضعف فلا يحتسب به مخطئا ، وفى الاحتساب به مصيبا وجهان :

(أحدهما) يحتسب من اصابة الخسق لأن ثبوته فى الهدف قائم مقام ثبوته فى الشن عند تساويهما .

والوجه الثانى : لا يحتسب فى اصابة الخسق ويحتسب فى اصابة القرع على الاحوال كلها . وإن صادف السهم فى ثقب فى الغرض قد ثبت فى الهدف مع قطعة من الغرض ، فقال الرامى : خسقت ، وهذه الجلدة قطعها سهمى لشدة الرمية فأنكر صاحبه وقال : بل هى كانت مقطوعة ، فإن علم أن الغرض كان صحيحا حكم بقول الرسيل لأن الاصل عدم الخسق . وقال أحمد وأصحابه القول قول الرامى إذا كان الغرض صحيحا .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا أراد المستبق أن يجلس ولا يرمى والمستبق فضل أو لا فضل له ، فسواء قد يكون له الفضل فينضل وعليه الفضل فيُنضل . الى آخر ما قال .

قلت : إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمى فله حالتان : احداهما أن يريد به تأخير الرمى عن وقته فلا يخلو أن يكون فيه معذوراً أو غير معذور ، فإن كان له عذر وطلب التأخير أخر ولم يجبر على التعجيل ، سواء قيل بلزومه كالاجارة أو بجوازه كالجعالة ، لأنه ليس بأوكد من فرض الجمعة التى يجوز التأخر عنها بالعذر وأعذاره فى تأخير الرمى ما أثر فى نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر فى رميه من شدة ريح أو مطر أو أثر فى أهله من موت أو حادث نزل أو أثر فى ماله من جائحة طرقت أو خوف طرأ .

وإن لم يكن له فى تأخير الرمى عذر ؛ والتمس به الدعة إلى وقت آخر فنى إجباره على التعجيل قولان .

(أحدهما) يجبر عليه إذا قيل بلزومه كالإجارة .

(والثانى) لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجعالة . أما الحال الثانية : كأن يريد بالجلوس عن الرمى فسخ العقد فلا يخلو أن يكون معذوراً فى الفسخ أو غير معذور ، فإن كان معذوراً فى الفسخ وأعذار الفسخ أضيق وأغلظ من أعذار التأخير وهى ما اختصت نفسه من العيوب المانعة من صحة رميه وهى ضربان .

(أحدهما) مالا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع وليس يحتاج إلى فسخه بالقول .

(والضرب الثانى) ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينيه أو علة جسده فلا ينفسخ العقد بحدوث هذا المـانع بخلاف الضرب الأول لامكان الرمى بعد زواله ويكون الفسخ بالقول ، وذلك معتبر بحال صاحبه ، فإن طلب تعجيل الرمى فله الفسخ لتعذر التعجيل عليه ، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركا بينه وبين صاحبه ، ولكل واحد منهما فسخ العقد به .

وان أجاب صاحبه الى الانظار بالرمى الى زوال المرض فهل يكون عذره فى الفسخ باقيا ؟ أم لا ؟ على وجهين . أحدهما : يكون باقياً فى استحقاق الفسخ لئلا تكون ذمته مرتهنة بالعقد . والوجه الثانى : أن عذر الفسخ قد زال بالانتظار ، وليس المنظر أن يرجع فى هذا الانظار ، وان جاز له أن يرجع فى الانظار بالديون لأن ذلك عن عيب رضى به ، وجرى مجرى الانظار بالاعسـار ، وان لم يكن لطالب الفسخ عـذر فى الفسخ ، فإن قيل بلزوم العقد كالاجارة لم يكن له الفسخ وأخذ به جبراً ، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق اذا امتنع منها فإن طال به الحبس وهو على امتناعه عزر حتى يجيب .

فان قيل بجواز العقد كالجعالة فله الفسخ قبل الرمى وبعد الشروع فيه وقبل ظهور الغلبة ، فان ظهرت الغلبة لأحدهما ، فان كانت لطالب الفسخ ، فله الفسخ وان كانت لغيره ففى استحقاقه للفسخ قولان مضيا .

أحدهما : لا يستحقه بعد ظهورها لفوات الأغراض المقصودة بعد ظهورها والقول الثانى — وهو الذى نص عليه الشافعى هاهنا — له الفسخ لما علل به من أنه قد يكون له الفضل فينضل ، ويكون عليه الفضل فيُنضل .

(مسألة) إذا عرفت أن الرمى مما يلزم المسلمين حذقه والتمرس عليه لقهر الأعداء وجهادهم لتكون كلمة الله هى العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ، وعرفت أن السهام والنبال من أسلحة النضال قد استحالت فى أعصرنا إلى أسلحة نارية منها ما يصيب بالنوجيه كرشاش بورسعيد واللانكستر والبرتا ، ومنها ما يصيب بالتسديد أو التصويب الدقيق كالبندقية حكيم والى أنفيلد والتوميجن ، ومنها مايعطى مخروطا ناريا باللمس الهين ويسمى آليا ، ومنها مايعطى القذيفة بالضغط بالإصبع ويسمى منفرداً ، وقليل من حذاق الرماية الذين يستطيعون أن يجعلوا الآلى منفرداً ، وهو أمر يفتقر إلى قدرة على ضبط حركة الأصبع وسيطرة على لمس الزناد ، والفرق بين هذه الآلات والآلات السابقة لا يختلف فى حكمه إلا بمقدار ما يراعى من قوة الرمى وبعد ما ترميه الآلات الحديثة ومدى تأثيرها . وقد سن النبي صلى الله عليه وسلم الأخذ بآلات غير المسلمين حين حاصر الطائف بالمجانيق ، ووجه الصحابة رضوان الله عليهم إلى صناعتها وصناعة الضبور وهى نوع من المدافع البدائية التى تطورت صناعتها حتى بلغت فى عصرنا هذا الصاروخ عابر القارات ، ويحتسب فى الرماية بتلك القذائف دورة الأرض حول نفسها ودورتها السنوية وقانون الجاذبية وهى تحتاج إلى معادلات رياضية وحساب دقيق لتصل إلى أهدافها فى قلاع الأعداء فتدمرها تدميراً .

وقد أخرج الشيخان والحاكم وصححه والشافعى وأحمد والنسائى وابن حبان عن عبد الله بن مغفل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن الخذف وقال إنها لا تصيد صيداً ولا تنكأ عدوا ولكنها تكسر السن وتفقأ العين » .

فقد وجهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ما فيه الأثر الاقوى والإغلاظ البالغ والسلاح الحاسم لارهاب العدو . فاذا ثبت هذا فان الرماية بالبندقة وغيرها من المستحدثات من فروض الكفايات التى تتأصل بها عزة الامة وتحمى بها حوزتها

وتعلى بها رايتها وعلى ولى الامر أن يحرض من وهب من قوة البنية وخفة الحركة وحدة البصر ونور الايمان من ينهض به ويتوفر عليه حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب احياء الموات

يستحب احياء الموات لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر ، وما أكله العوافى منها فهو له صدقه » وتملك به الأرض لما روى سعيد بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال « من أحيا أرضا ميتة فهى له » ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر ، ولانه تملك مباح فلم يفتقر الى اذن الامام كالاصطياد .

(فصل) وأما الموات الذى جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكه ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه يملك بالاحياء لما روى طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هى لكم بعد » ولأنه ان كان فى دار الاسلام فهو كاللقطه التى لا يعرف مالكها ، وان كان فى دار الحرب فهو كالركاز .

(والثانى) لا يملك لأنه ان كان فى دار الاسلام فهو لمسلم أو لذمى أو لبيت المال ، فلا يجوز احياؤه . وان كان فى دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة ، فلا يحل ماله ، ولا يجوز تملكه .

(والثالث) أنه ان كان فى دار الاسلام لم يملك ، وان كان فى دار الحرب ملك ، لأن ما كان فى دار الاسلام فهو فى الظاهر لمن له حرمة ، وما كان فى دار الحرب فهو فى الظاهر لمن لا حرمة له ؛ ولهذا مايوجد فى دار الحرب يخمس ومايوجد فى دار الاسلام يجب تعريفه ، وان قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان (أحدهما) لايجوز أن تملك بالاحياء ، بل هى

غنيمة بين الغانمين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين ، فلم تملك بالاحياء (والثانى) أنه يجوز أن تملك بالاحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز أن تملك بالاحياء كسائر الموات .

(فصل) وما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز إحياؤه لأنه تابع للعامر فلا يملك بالاحياء ، ولأنا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك فى العامر على أهله وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالاحياء لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات وهذا من جملة العامر ولأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس فى أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز .

(فصل) ويجوز إحياء كل من يملك المال لأنه فعل يملك به فجاز من كل من يملك المال كالاصطياد ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء فى دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له فى ذلك . لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » فجمع الموتان وجعلها للمسلمين ، فانتفى أن يكون لغيرهم ، ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين ، فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك إحياؤه ، ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات فى بلد صولح الكفار على المقام فيه ، لأن الموات تابع للبلد ، فإذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته .

(الشرح) حديث جابر رواه أحمد والترمذى وصححه بلفظ « من أحيا أرضاً فهى له » وفى لفظ عند أحمد وأبى داود « من أحاط حائطا على أرض فهى له » ولأحمد وأبى داود والطبرانى والبيهقى وصححه ابن الجارود من رواية سمرة بن جندب رواه عنه الحسن وفى سماع الحسن من سمرة خلاف معروف بين المحدثين تكلمنا عليه فى غير ما موضع ، وأخرجه النسائى وابن حبان بنحوه .

أما حديث سعيد بن زيد فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذى بلفظ « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » وأخرجه أيضا النسائى ، وحسنه

الترمذي وأعله بالارسال ورجح الدارقطني إرساله وقد مضى الاختلاف في الصحابي الذي رواه غير سعيد بن زيد .

أما سعيد بن زيد فهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، كنيته أبو الأعور ، وهو قرشي عدوي من السابقين الأولين البدريين ، ممن رضي الله عنهم ورضوا عنه ، شهد المشاهد كلها ، وشهد حصار دمشق وفتحها ، وأول من ولي على دمشق في الاسلام ؛ له حديثان في الصحيحين ، وانفرد البخاري له بحديث ، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعمرو بن حريث وعروة وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وعبد الله بن ظالم وطائفة . وأبوه زيد بن عمرو بن نفيل ، مات قبل الاسلام على النجاة ، لأنه خرج يطلب الدين القيم حتى مات . وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يبعث أمة وحده يوم القيامة . وهو ابن عم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وقال ابن عبد البر : هذا الحديث مسنده صحيح متلقى بالقبول عند الفقهاء في المدينة وغيرها .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : بلاد المسلمين شيئان : عامر وموات ، فالعامر لأهله كل ما صلح به العامر إن كان مرفقا لأهله من طريق وفناء ومسيل ماء أو غيره فهو كالعامر في أن لا يملك على أهله إلا بإذنهم . اه

والموات هو الارض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً وموتانا بفتح الواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو لا بصيرة له ولا فهم .

إذا عرف هذا فإن الموات شيئان : موات قد كان عامراً لأهله معروفاً في الاسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتا ، فذلك كالعامر لأهله لا يملك عليهم إلا بإذنهم (والثاني) ما لم يملكه أحد من أهل الاسلام يعرف ولا عمارة في الجاهلية أو لم يملك ، فذلك الموات الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا مواتا فهو له »

وروى وهب بن كيسان عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له وله فيه أجر وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة » والعوافي جمع عاف وهو طالب الفضل .

وقد روى أحمد والبخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » وعن أسمر بن مضرس قال : أتيت النبى (ص) فبايعته فقال : من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له . قال فخرج الناس يتعادَوْن يتخاطئُون ، أى يتسابقون عدوا يخطأون فى الارض تمهيدا لتعميرها .

وروى ابن أبى مليكة عن عروة قال : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الارض أرض الله والعباد عباد الله . ومن أحيا مواتا فهو أحق به . جاءنا بهذا عن النبى (ص) الذين جاءوا بالصلوات عنه ، والحديث بهذه المثابة لا يكون مرسلا على القول الصحيح بناء على الاصل فى أن الصحابة كلهم عدول ، فاذا قال التابعى الثقة أشهد أنه جاءنى عن النبى (ص) به الذين جاءوا بالصلوات عنه وهو يعنى الصحابة . فقد ارتفع الارسال وبقيت الجهالة ، والجهالة بالصحابى لا تقدح فى الحديث ، اللهم الا اذا ثبت ولو مرة واحدة أن عروة التبس عليه أمر تابعى معاصر بإسلامه للنبى صلى الله عليه وسلم فظنه صحابيا ، ولكن اذا عرفنا أن عروة لا يشك فى تثبته وعلمه بأحوال الصحابة والذى تربى فى بيت النبوة والخلافة . فأبوه إابن عمة النبى صلى الله عليه وسلم ؛ وجده لأمه أبو بكر رضى الله عنه . وخالته أم المؤمنين ، وأخوه أمير المؤمنين عبد الله بن الزبير .

وروى الشافعى عن سفيان عن طاوس أن النبى (ص) قال « عمارة الارض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » ولأن ما لم يجر عليه ملك نوعان أرض وحيوان ، فلما ملك الحيوان اذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الارض اذا ظهر عليه بالاحياء

وقوله فى حديث الفصل عن طاوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عادى الارض » نسبة الى عاد رجل من العرب الاولى ، وهم العرب البائدة ، وبه سميت قبيلة قوم هود ، ويقال المُلْك القديم عادى كأنه نسبة اليه لتقدمه ، وبئر عادية كذلك ؛ وعادىّ الارض ما تقادم ملكه

وقد جاء حديث طاوس فى الام وعند المصنف هنا هكذا مرسلا . وقد رواه هكذا سعيد بن منصور فى سننه وأبو عبيد فى الاموال ، فاذا تقرر جواز الاحياء قال الشافعى : بلاد المسلمين شيئان عامر وموات ، وانما خص بلاد المسلمين بما

ذكره من قسمى العامر والموات ، وإن كانت بلاد الشرك أيضا عامراً ومواتاً ، لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم . وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً أوغلبة بغير إذنهم . وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين ثم بمواتهم . أما العامر فلأهله الذين قد ملكوه بأحد أسباب التمليك وهى ثمانية : ١ـ الميراث ٢ ـ المعاوضات ٣ الهبات ٤ ـ الوصايا ٥ ـ الوقف ٦ ـ الصدقات ٧ ـ الغنيمة ٨ ـ الإحياء .

فإذا ملك عامراً من بلاد المسلمين بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكا له ولحريمه ومرافقيه من بناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التى لا يستغنى العامر عنها فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره فمن أحياه لم يملكه . وقال داود بن على : حريم العامر كسائر الموات من أحياه فقد ملكه استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا مواتا فهى له » وهذا خطأ لأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله (ص) ثم على عهد خلفائه مقراً على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه مما انتهوا اليه ، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به ، لأنه يفضى إلى أن يبنى الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار الى منزله . وما أدى إلى هذا من الضرر وكان ممنوعا منه ، وليس الحريم مواتا فيصح استدلال داود عليه .

وأما الموات فضربان : أحدهما ما لم يزل على قديم الدهر مواتا لم يعمر قط ، فهذا هو الموات جاء فى الحديث أن من أحياها فهى له ، فإن أحياه ذمى لم يملكه وقال أبو حنيفة : يملكه الذمى بالإحياء كالمسلم ، استدلالا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا مواتا فهى له » ولأنها أعيان مباحة لجاز أن يستوى فى تملكها المسلم والذمى كالصيد والحطب ، ولأن من يملك بالاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالإحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التمليك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمى كالبيع ، ودليلنا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثم هى لكم منى » فوجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات اليهم فدل على اختصاصهم بالحكم .

ولأن النبي صلى الله عليه قال « لا يجتمع فى جزيرة العرب دينان » اشارة الى إجلائهم حتى أجلاهم عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكا محدثة . لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فإذا لم يكن لهم الاقوى فالاضعف أولى ، ولأن من لم يقر فى دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمعاهد ، ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزيه وأصله نكاح المسلمة . ولأنه نوع تملك ينافيه كفر الحربى فوجب أن ينافيه كفر الذمى كالارث من مسلم

فأما الجواب عن حديث « من أحيا أرضا مواتا فهى له » فهو أن هذا الخبر وارد فى بيان مايقع به الملك . وقوله « ثم هى لكم » وارد فى بيان من يقع له الملك فصار المفسر فى كل واحد منهما فيما قصد له قاضيا على صاحبه ، فصار الخبران فى التقدير كقوله « من أحيا أرضا مواتا من المسلمين فهى له »

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى فى الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه اذا أخذه الكافر ، وليس كذلك الاحياء . لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وان منع من الاحياء ، فكان المعنى الذى فرقوا به فى المعاهد بين إحيائه واصطياده هو فرقنا فى الذمى بين إحيائه واصطياده ، وهو الجواب عن قياسهم الثانى ويكون المعنى فى المسلم فضيلته بدينه واستقراره فى دار الاسلام بغير حرمة مباينة لهذا الامة فاستعلى على من خالف الملة .

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة لانها سبب من أسباب التمليك الذى يختص بها المسلم دون الذمى . ولما لم يجز فى الاحياء أن يملك به المعاهد لم يملك به الذمى . وقال أحمد بعدم الفرق بين المسلم والذمى وقد مضى الرد على ذلك . والضرب الثانى من الموات ما كان عامرا ثم خرب فصار بالخراب مواتا فذلك ضربان ، أحدهما ان كان جاهليا لم يعمر فى الاسلام فهذا على ضربين أحدهما أن يكون قد خرب قبل الاسلام حتى صار مواتا مندرسا كأرض عاد وتبّع ومدن طيبة ومنف وبابل وآشور وبعلبك فهذه إذا أعان أيلولتها الى بيت

مال المسلمين وملكت للدولة التى من حقها أن تكون لها الولاية عليها لعرضها للاعتبار عملا بقوله تعالى «أفلم يسيروا فى الارض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم ، كانوا أشد منهم قوة وآثاراً فى الارض ، وعمروها أكثر مما عمروها» إلى آخر ماورد فى القرآن الكريم من آيات الحث على السياحة والسير إلى الآثار للاعتبار والاتعاظ ، كان إحياؤها معلقاً بإذن السلطان ، بل إن السلطان إذا أحياها بصيانتها وإقامة الحراس عليها وتمهيد طرقها وتيسير سبل الوصول إليها بسبب ما تحويه من تواريخ من كانوا يعمرونها من الدارسين والبائدين كان هذا إحياء لها على هذا النحو ، وصارت ملكا عاما لا يختص به أحد، وذلك أصله قوله (ص) «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى» والضرب الثانى : ما كان باقى العمارة الى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتا قبل أن يصير من بلاد الاسلام فهذا على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه فهذا يملك بالاحياء كالذى لم يزل مواتا (والقسم الثانى) أن يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه فهذا يكون فى حكم عامرهم لا يملك بالاحياء .

(والقسم الثالث) أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدره عليه أم لا ، ففى جواز تملكه بالاحياء وجهان كالذى جهل حاله من الركاز .

والضرب الثانى : ما كان فى الأصل عامراً من بلاد الاسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته ، واندرست آثاره ، فصار مواتا . فقد اختلف الفقهاء فى جواز تملكه بالاحياء على ثلاثة مذاهب ، فمذهب الشافعى منها أنه لا يجوز أن يملك بالاحياء سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا . وقال أبوحنيفة : إن عرف أربابه فهو على ملكهم لا يملك بالاحياء وإن لم يعرفوا املك بالاحياء استدلالا بعموم الحديث «من أحيا أرضا مواتافهى له» وحقيقة الموات ماصار بعدالاحياء مواتامن العامر فزال عن حكم العامر كالجاهلى . ولأنه موات لجاز احياؤه كسائر الموات .

وقال مالك : يصير كالموات الجاهلى يملكه من أحياه سواء عرف أربابه أم لم يعرفوا . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم «لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه» وهذا مال مسلم . وروى عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد فهو أحق بها»

فجعل زوال الملك عن الموات شرطاً فى جواز ملكه بالإحياء . ودل على أن ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالإحياء .

وروى أسامة بن مضرس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى مالم يسبقه اليه مسلم فهو له مال ، فخرج الناس يتعادون يتخاطون » وهذا نص ولأنها أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين فلم يجز أن تملك بالاحياء كالتى بقيت آثارها عند مالك ، وكالتى تعين أربابها عند أبى حنيفه ، ولأن ما صار مواتاً من عامر المسلمين لم يجز إحياؤه بالتملك كالأوقاف والمساجد .

وأما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » فهو دليل عليهم ؛ لأن الأول قد أحياها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثانى لأمرين أحدهما : أنه سبق . والثانى : أن ملكه قد ثبت باتفاق . وأما الجواب عن قياسهم على الجاهلى وعلى التى لم تزل خرابا فالمعنى فيها أنها لم يجر عليها ملك مسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والإحياء الذى يملك به أن يعمر الأرض لما يريده ، ويرجع فى ذلك إلى العرف . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف ، فان كان يريده للسكنى فأن يبنى سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك ، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك ، ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك ، فإن أراد مراحا للغنم أو حظيرة للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب ، لأنه لا يصير مراحا وحظيرة بما دون ذلك ، وإن أراد للزراعة فأن يعمل لها مسناة ويسوق الماء اليها من نهر أو بئر ، فإن كانت الأرض من البطائح فأن يحبس عنها الماء لأن إحياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن إحياء اليابس بسوق الماء اليه : ويحرثها ؛ وهو أن يصلح ترابها ، وهل يشترط غير ذلك ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص فى الأم ، وهو قول أبى إسحاق ، لأن الاحياء قد تم وما بقى إلا الزراعة ، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار .

(والثانى) وهو ظاهر ما نقله المزنى : أنه لا يملك إلا بالزراعة لأنها من تمام العمارة ، ويخالف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة ، وإنما هو كالحصاد فى الزرع

(والثالث) وهو قول أبى العباس : أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقى ، لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك ؛ وإن أراد حفر بئر فإحياؤهـا أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء لانه لا يحصل البئر الا بذلك ، فان كانت الارض صلبة تم الاحياء ، وان كانت رخوة لم يتم الاحياء حتى تطوى البئر لانها لا تكمل الا به ،

(الشرح) يختلف الاحياء باختلاف المقصود منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الاحياء ولم يحده ، ولما كان ليس للاحياء فى اللغة حد وجب الرجوع الى العرف كالحرز والقبض وضابطه تهيئة الشىء لما يقصد منه غالبا ، فإن أراد مسكنا نظرت الى العرف الشائع فى المكان الذى يجرى فيه الاحياء سكنا ، كتحويطه بالآجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان ، وقد رأى بعض الاصحاب الاكتفاء بالتحويط من غير بناء لكنه نص فى الأم على اشتراط البناء .

قال الرملى : وهو المعتمد ، والاوجه الرجوع فى جميع ذلك الى العادة ، ومن هنا قال المتولى وأقره ابن الرفعة والأذرعى وغيرهما : لو اعتاد نازلو الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمته وبناء معلفه ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعه ، وان ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها الى الرحلة .

اذا ثبت هذا : فإن تحويط الارض احياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو للخشب أو لغير ذلك ، هذا مذهبنا ونص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد فقال : الاحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئرا أو نهرا ولا تعتبر فى ذلك تسقيف ، وذلك لما روى عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أحاط حائطا على أرض فهى له » رواه أبو داود وأحمد ، ويروى عن جابر مثله .

وقد نص الامام النووى على عدم اشتراط تعليق الباب لان الباب لا يشترط للسكنى وانما هو للحفظ والسكنى لا تتوقف عليه . وقد اعتبر القصد فى مذهب

الشافعى رضى الله عنه ولم يعتبر القصد فى مذهب أحمد رضى الله عنه : فلو أحاط مواتا بقصد أن يكون حظيرة فاتخذه سكنا له ولم يتخذه لما قصد له ملكه عند أحمد لعدم اعتبار القصد وملكه عند الشافعى بالقصد الطارىء. أما إذا حوطها لتكون حظيرة ولا تصلح للسكنى ثم سكنها فإنه لا يملك عند الشافعى ويملك عند أحمد ، فلو خندق حول الأرض خندقا لم يكن إحياء لانه ليس بحائط ولا عمارة ، وإنما هو حفر وتخريب ؛ وإن أحاطها بشوك وشبهه لم يكن ذلك إحياء ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن ذلك إحياء .

أما إذا فعل ذلك بحيث يريدها مزرعة لجمع التراب أو الشوك حولها وسوى الأرض فطم المنخفض منها واكتسح العالى وحرثها اذا توقف زرعها على الحرث ورتب لها الماء بشق المسقاة أو حفر الساقية أو شق الماء طريقا ولم يبق الا اجراؤه كفى ذلك فى تملكه ، وان لم يجر الماء ، فإن هيأه ولم يحفر له طريقا كفى أيضا وهو المنصوص فى الأم ، وبه قال أبو اسحاق المروزى ورجحه صاحب الشرح الصغير وتابعه الشمس الرملى .

فإذا كفاها المطر لم تحتج الى ترتيب الماء وذلك خلافا لظاهر ما نقله المزنى من أنه يشترط الزراعة لتمام الملك بذلك ، ويخالف السكنى ، وقد زاد أبو العباس بن سريج على ذلك اشتراط السقى أيضا ، وأرض الجبال التى لا يمكن سوق الماء اليها ولا يكفيها المطر تكفى الحراثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام النووى فى الروضة تبعا للرافعى وجزم به غيرهما . ولا يشترط أن تتم الزراعة على الأصح كما لا يشترط سكنى الدار لان استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء .

والثانى : لا تصير محياة الا بالزراعة كما لا تصير الدار محياة الا اذا صار فيها مال المحيى ، واذا اعتادوا أن يجمعوا ترابا حول ما يزرعونه بستانا لجمع التراب بدلا من التحويط كفى ، والا اشترط التحويط حسب العادة وتهيئة ماء للبستان ان لم يكفه ماء المطر ، ويشترط فيه اتخاذ البـــاب وغرس الاشجار ولو لبعضه بحيث يسمى بستانا كما أفاده الأذرعى ، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين فى المكان الواسع على المذهب اذ لا يتم اسم البستان بدون ذلك بخلاف المزرعة

بدون الزرع ، ولا يشترط فى البستان الأثمار ، وما عمله مما يعود نفعه على غيره كطى بئر ، فإن ملكه له يتوقف على قصده من حفر البئر . وقال الشافعى رضى الله عنه : وإنما يكون الاحياء ما عرفه الناس إحياء مثل المحيا إن كان مسكنا فأن يبنى بمثل ما يبنى به مثله من بنيـان حجر أو لبن أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما أحيا الآدمى من منزل له أو لدواب من حظار أو غيره فأحياه ببناء حجر أو مـدر أو بماء لأن هذه العمارة بمثل هذا ، ولو جمع تراباً لحظار أو خندق لم يكن هذا إحياء . وكذلك لو بنى خياماً من شعر أو جريد أو خشب لم يكن هذا إحياء تملك له الأرض بالاحياء ، وما كان هذا قائما لم يكن لأحد أن يزيله ، فإذا أزاله صاحبه لم يملكه ، وكان لغيره أن ينزله ويعمره ، اه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وإذا أحيا الارض ملك الارض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج والحديد والرصاص لأنها من أجزاء الارض فملك بملكها ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك . وقال أبو إسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها ، وقد بينا ذلك فى البيوع ، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والـكلأ . وقال أبو القاسم الصيمرى : لا يملك الـكلأ لما روى أن أبيض بن حمال سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الاراك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاحمى فى الاراك» ، ولأنه لو فرخ فى الأرض طائر لم يملك ، فـكذلك إذا نبت فيه الـكلأ ، وقال أكثر أصحابنا : يملك لانه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم .

﴿ فصل ﴾ ويملك بالاحياء ما يحتاج اليه من المرافق ، كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر ، وهو بقدر ما يقف فيه المستقى إن كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقى ، وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من النقى ، ويرجع فى ذلك إلى أهل العرف فى الموضع . والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من احتفر بئراً فله أربعون ذراعا حولها عطن لماشيته .

وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن حريم القليب

العادية خمسون ذراعا ، وحريم البدىء خمسة وعشرون ذراعا ، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع ، فإن أحيا أرضا إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك ، لانه تصرف مباح فى ملكه فلم يمنع منه . وإن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك . وان طرح فى أصل حائطه سرجينا منع منه لانه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه ، فإن حفر حشا فى أصل حائطه لم يمنع منه لانه تصرف فى ملكه .

ومن أصحابنا من قال : يمنع لانه يضر بالحاجز الذى بينهما فى الارض . وان ملك بئراً بالاحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئرا فنقص ماء الاول لم يمنع منه لانه تصرف فى موات لا حق لغيره فيه .

(الشرح) حديث أبيض بن حمال رواه الترمذى وحسنه وأبو داود بلفظ « أنه وفد إلى النبى صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح فقطع له ، فلما أن ولى قال رجل : أتدرى ما أقطعت له ؟ انما أقطعته الماء العِدّ . فقال انتزعه منه ، قال : وسألته عما يحمى من الاراك فقال : ما لم تنله خفاف الابل » وأخرجه أيضا ابن ماجه والنسائى وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطان ولم يذكر وجه تضعيفه ولعله بسبب السبى المازنى الذى فى الاسناد . وقال فيه ابن عدى: أحاديثه مظلمة منكرة . وفى رواية « ما لم تنله أخفاف الابل »

قال محمد بن الحسن المخزومى : يعنى أن الابل تأكل منتهى رءوسها ويحمى ما فوق ذلك . ورواه سعيد بن منصور قال : حدثنى اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربى عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربى قال « استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمارب فأقطعنيه ، فقيل يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العد ، يعنى أنه لا ينقطع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فلا إذن » .

وأما حديث عبد الله بن مغفل رضى الله عنه فقد رواه ابن ماجة بإسناد ضعيف لان فيه اسماعيل بن سلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن ، وأخرج حرب وعبد الله عن أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ « من سبق

إلى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له ، وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب » واختيار الخمسين هو مذهب أحمد وأصحابه ، وأخرج ابن ماجه بلفظ « حريم البئر طول رشائها »

أما اللغات فى الفصل فالبلور كتنور وسنور وسبطر . وهو جوهر . وكذلك الفيروزج ، والقار نوع من القطران ، والعد بكسر العين . قال أبو عبيد : العد بلغة تميم الكثير ، وبلغة بكر بن وائل هو القليل ، والمراد هنا فى الحديث الكثير الذى لاينقطع . وأما كلمة التقن التى جرت هنا فى كلام المصنف فهى من الكلمات التى كانت شائعة عند أهل بغداد ، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره .

أما الأحكام فإن المعادن إما ظاهرة ، وهى التى سنتكلم عليها فى الفصل التالى أما المعادن الباطنة وهى التى لا يوصل اليها الا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرة فلا تملك بالاحياء لما سيأتى ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان لم تملك بذلك فى ظاهر مذهب أحمد والشافعى ، وهو قول أبى إسحاق المروزى ، ويحتمل أن يملكها بذلك ، وهو قول للشافعى والمصنف والنووى فى المنهاج . ومنع أبو القاسم الصيمرى أن يملك الكلأ ، ولأنه لو فرخ طائر فى الأرض لم يملك . وقول أكثر الأصحاب يملك لأنه من نماء الارض كمن يملك غنما فإنه يملك أصوافها وأشعارها لأنه نماء فى ملكه ، ولانه إظهار تهيأ بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض ، ولانه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبه إحاطة الارض أو إجراء الماء اليها .

ووجه الاول أن الاحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المحيي الانتفاع من غير تكرار عمل . وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع ، فإن قيل : فلو احتفر بئرا ملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر تهيأت الانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة . وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافترقا .

أما اذا ملك الارض بالاحياء فظهر أن فيها معدنا من المعادن الجامدة ظاهرا

أو باطنا فقد ملكه لأنه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذامنها ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها : ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلا اليهم ، ومنعهم انتفاعا كان لهم . وهمنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر بإظهاره له ، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له احياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق به بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه .

(فرع) يقال للبئر التى تحفر فى الارض الموات : بئر عادية بتشديد الياء منسوبة الى عاد ؛ وليس المراد عاداً بعينها ، ولكن لما كانت عاد فى الزمن الاول وكانت لها آثار فى الارض نسب اليها كل قديم ، فكل من حفر بئراً فى موات للتمليك فله حريمها أربعون ذراعاً حولها أو خمس وعشرون ذراعا من كل جانب أو خمسون ذراعا طول أبعد طرفى حريمها ، ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب »

وقد فرق سعيد بن المسيب بين العادى منها والبدىء ، فجعل الاولى حريمها خمسون ذراعا وجعل البدئية حريمها خمسة وعشرون ذراعا . وجعل حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع وقال : هذا من السنة . واذا قال تابعى كبير كابن المسيب « من السنة »

وكذلك روى أبو عبيد عن يحيى بن سعيد الانصارى أنه قال « السنة فى حريم القليب العادى خمسون ذراعا والبدىء خمس وعشرون ذراعا » فإنما يقول كل منهما — وهما تابعيان كبيران — ذلك لما صح عندهما من عمل الصحابة واتفاقهم عليه مما يجعل هذا القدر هو السنة لأنه لا يخلو من هدى نبوى .

وقال أصحاب أحمد منهم أبو الخطاب والقاضى : ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه فى ترقية مائها منها ، فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره ، وان كان بساقية فبقدر طول البئر ، لما روى عن النبى (ص) قال « حريم البئر مد رشائها » رواه ابن ماجه .

وذهب النووى إلى تحديد حريم البئر المحفورة فى الموات بمقدار موقف النازح منها ، قال الرملى : وهل يعتبر قدر النازح من سائر الجوانب أو من أحدها فقط الأقرب اعتبار العادة فى مثل ذلك المحل اه .

وعلى هذا يكون حريم البئر من جوانبه ما يحتاج اليه فى مجال عمله ، وينبغى أن يمتد حريمها إلى ما تقتضيه . وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعا ، وحريم العين خمسمائة ذراع ، لأن أبا هريرة روى عن النبى (ص) أنه قال « حريم البئر أربعون ذراعا لأعطان الإبل والغنم » .

(قلت) حديث أبى هريرة رواه أحمد « حريم البئر العادى خمسون ذراعا ، وحريم البئر البدىء خمسة وعشرون ذراعا » وعن الشعبى مثله . وقد روى الدارقطنى والخلال بإسنادهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : حريم البئر خمس وعشرون ذراعا ، وحريم العادى خمسون ذراعا ، وقد أعله الدارقطنى بالارسال وقال : من أسنده فقد وهم ، وفى سنده محمد بن يوسف المقرى شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن المسيب مرسلا وزاد فيه « وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها » ، وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة موصولا ومرسلا والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف ، والأحاديث فى مجموعها تثبت أن للبئر حريما ، والمراد بالحريم ما يمنع منه المحيي والمحتفر لاضراره . وفى النهاية : سمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولانه يحرم على غيره التصرف فيه .

وحديث عبد الله بن مغفل الذى ساقه المصنف يجعل العلة فى ذلك هى ما يحتاج اليه صاحب البئر عند سقى إبله لاجتماعها على الماء .

وحديث أبى هريرة دال على أن العلة هو ما يحتاج اليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها باقتراب الاحياء منها ، ولذا وقع الاختلاف بين حالى كل من البدىء والعادى ، والجمع بين الحديثين يمكن أن ينظر فيهما من وجه الحاجة فإن كانت لاجل سقى الماشية فحديث الاربعين أو الخمس والعشرين ، وإن كانت لاجل البئر فخمسين وقد ذهب الشافعى وأبو حنيفة إلى أن حريم البئر أربعون ، وذهب أحمد إلى أن الحريم خمسة وعشرون .

(فرع) ومن كانت له بئر فيها ماء فجاء آخر لحفر قريباً منها بئراً فليس له منعه من ذلك ، وإن نقص ماء البئر الاولى أو انسرب الماء اليها لأنه تصرف مباح فى ملكه ، ويحتمل أن يمنع من ذلك من حفر بئراً فى موات إلى جوار بئر مثلها وجعلها أعمق منها بحيث تجتذب ماء الاولى اليها ، لانه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالملك قبله ، وهو مذهب أحمد وقول للشافعى رضى الله عنهما ، والقول الاظهر وهو المذهب : له ذلك لانه تصرف مباح فى ملكه فجاز له كتعلية داره . وهكذا الخلاف فى كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره برائحته أو غيرها ، أو يجعل داره مخبزاً فى وسط العطارين ونحو ذلك مما يؤذى الجيران فمذهب أحمد : المنع من ذلك ، ومذهب الشافعى : له ذلك كله ، لانه تصرف مباح فى ملكه أشبه بنباه ونقضه . وأما إذا ألصق الحائط بالحائط بغير مسافة ولو يسيرة منع من ذلك .

أما إذا طرح فى أصل حائطه فضلات عفنة تسرى فى مسام الارض فتحدث فى البناء العطب والتلف منع من ذلك قولا واحداً ، لانه تصرف باشر ملك غيره بما يضره . أما إذا حفر فى أصل حائطه حشاً فقولان . أحدهما : لم يمنع من ذلك والثانى : يمنع لانه يضر بالحاجز الذى بينهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تحجر رجل مواتا وهو أن يشرع فى إحيائه ولم يتمم صار أحق به من غيره لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه فهو أحق به » وان نقله الى غيره صار الثانى أحق به ، لانه آثره صاحب الحق به ، وان مات انتقل ذلك الى وارثه ، لانه حق تملك ثبت له فانتقل الى وارثه كالشفعة ، وان باعه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : أنه يصح لانه صار أحق به فملك بيعه .

(والثانى) أنه لا يصح ، وهو المذهب ، لانه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الاخذ ؛ وان بادر غيره الى احيائه نظرت ، فان كان ذلك قبل أن تطول المدة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يملك لأن يد المتحجر أسبق .

والثانى : يملك لان الاحياء يملك به والتحجر لا يملك به ، فقدم ما يملك به على مالا يملك به ، وإن طالت المدة ولم يتمم قال له السلطان : إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، لأنه ضيق على النـاس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء ومنع غـيره منها ، ولن سـأل أن يمهل أمهل مدة قريبة ، فان انقضت المدة ولم يحى فبادر غيره فأحيا ملك ؛ لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة .

﴿ فصل ﴾ ومن سبق فى الموات إلى معدن ظاهر وهو الذى يوصل إلى مافيه من غير مؤنة كالمـــاء والنفط والمومياء والياقوت والبرام والملح والـكحل كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسـلم : من سبق إلى مالم يسبق اليه فهو أحق به ، فإن أطال المقام فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يمنع لانه سبق اليه (والثانى) يمنع لانه يصير كالمتحجر ، فان سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا ، فان كانا يأخذان للتجارة ، هايأ الامام بينهما فان تشاحا فى السبق أقرع بينهما ، لانه لا مزية لاحدهما على الاخر فقدم بالقرعة وإن كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الاخر .

والثانى : يقسم بينهما لانه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه .

والثالث : يقدم الامام أحدهما لأن للامام نظراً فى ذلك فقدم من رأى تقديمه ، وان كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالاحياء لانه يوصل اليه بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالموات .

(الشرح) حديث « من سبق الى مالم يسبق اليه أحد فهو أحق به » هذا الحديث هو الذى سبق تخريجه فقد رواه أبى داود وصححه الضياء المقدسى عن أسمر بن مضرس . وقال البغوى : لا أعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث ، التحجر احاطة الارض بالحجارة ، أو بحائط صغير ، وهو شروع فى احياء الموات وليس احياء تاما ، ولذلك فانه لا يملكها بذلك لان الملك لا يكون الا بالاحياء ؛ وليس هذا

إحياء ولكن يصير أحق الناس به ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من سبق إلى مالم يسبق اليه فهو أحق به » فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلته لان صاحبه أقامه مقامه ؛ وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته من بعده » وهذا هو المذهب ومذهب أحمد رضى الله عنه وقال أبو إسحاق المروزى : إن حق التملك قد ثبت له فيصح له بيعه وقبض ثمنه ، والمذهب أنه لا يصح له بيعه كالشفيع لا يصح له أن يبيع قبل أن يأخذ . وإن ثبت له الاختصاص وفرق بين الاختصاص والملك . والاختصاص لا يستلزم صحة البيع أو الهبة .

فإن سبق غيره فأحياه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه لان الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما لم يملك به دون مالم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء لجاء غيره فأزاله وأخذه (والثانى) لا يملكه ، لأن مفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة ليست لاحد » وقوله « فى حق غير مسلم فهى له » أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وروى سعيد بن منصور فى سننه أن عمر رضى الله عنه قال « من كانت له أرض — يعنى من تحجر أرضاً — فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » .

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى رضى الله عنه أن المدة فى التحجر إذا طالت عرفا بلا عذر ، فإن السلطان يقول للمتحجر : إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك ، لانه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع .

فإن سأل الامهال اعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فان أحياه غيره فى مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما ، وان انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه ، لان المدة قد ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له

السلطان فى عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة قيل له اما أن تعمر واما أن ترفع يدك ، فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

ومذهب أحمد فى هذا كله نحو مذهبنا إلا فى التوقيت بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه لان عمر رضى الله عنه أخذ بالعرف فى زمنه ، وقد تكون السنين الثلاث معطلة لنفع يعود على المسلمين من إحياء الموات ونشر العمران مما يحقق مقاصد الاسلام ، ويدفع المسلمين إلى التسابق فى استخراج خيرات الأرض واستنباط معادنها وإصلاح تربتها وتأهيل مهجورها وتعمير خرابها ؛ وذلك صلاح للمسلمين وقوة لهم وعدة على أعدائهم ومصادر أعمال لعاطليهم وتوسيع لرقعة مساكنهم ، وما نشطت شركات الكفار وتسابقت تستعمر بلاد المسلمين إلا لتعطيلهم هذه الأحكام الشريفه ، وتخلفوا عن غيرهم فى مجالات التعمير والبناء وهجرهم لتعاليم النبى صلى الله عليه وسلم وصدق الله العظيم « ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى ، قال : رب لم حشرتنى أعمى ، وقد كنت بصيراً ؟ قال : كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تنسى » .

(فرع) حكم المعادن الظاهرة : قال الشافعى رضى الله عنه : ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت أو موميا (١) أو حجارة ظاهرة كموميا فى غير ملك لاحد ، فليس لاحد أن يتحجرها دون غيره ، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه ولا لخاص من الناس ، لأن هذا كله ظاهر كالماء والكلأ اه . وهى التى يوصل إلى مافيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والنفط وأحجار التالك الذى يتخذ مسحوقه لتبريد الجلد وأشباه ذاك لا تملك بالاحياء ،

---

(١) الموميا لفظة يونانية الأصل وأصلها مومياى فحذفت الياء اختصاراً وبقيت الألف مقصورة ، وهو معدن يؤخذ منه دواء للعلاج كالتوتيا وكالجنزار من سلفات النحاس . وقال الرملى : الموميا شىء يلقيه البحر فى بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار وقيل حجارة سود فى اليمن ، والبرام حجر يعمل منه قدور الطبخ .

ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين لما فى ذلك من التضييق عليهم وحرمانهم خيرات ظاهرة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فى مأرب باليمن ، فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العد . أمر برده ، فأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الكثير منزلة مشارع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل من الحنابلة : هذا من مواد الله وفيض جوده الذى لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس ، فان أخذ عنه الثمن أغلاه فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة . وهذا مذهب الشافعى وأحمد ولا نعلم لهما مخالفا من الأئمة .

قال الرملى : وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل ، ويمتنع أيضا إقطاع وتحجر أرض لأخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لأخذ سمكها ، وظاهر كلام الاصحاب المنع من التملك والارتفاق ولكن الزركشى قيد المنع بالتملك .

ويأتى بعد هذا إذا اطال من سبق اليه المقام فيه ففيه وجهان . أحدهما : لا يمنع لأنه سبق اليه فهو أحق به ، بشرط أن لا يمنع غيره ويأخذ قدر حاجته والثانى : يمنع لأنه أطال المقام والأخذ ، واحتمل أن يمنع غيره لانه يصير كالمتملك له أو المتحجر ،

وإن استبق اليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لانه لامزية لاحدهما على صاحبه وهذا اذا كانا يأخذانه للتجارة ، فإن كانا يأخذانه للحاجة ففيه ثلاثة أوجه ، اما أن يقرع بينهما كالمتجرين ، واما أن يقسم بينهما لامكان هذه القسمة وقد تساويا فيه كما لو تداعيا فى أيديهما ولا بينة لاحدهما بها ، واما أن يقدم الامام من يرى منهما لأن له نظراً فى ذلك ؛ وهذه الاوجه كلها عند أحمد وأصحابه وأضاف القاضى وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

ولو كان فى الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كموضع على شاطىء البحر اذا صار فيه ماء البحر وتبخر صار ملحا ملك بالاحياء وجاز للإمام اقطاعه لشركات أو أفراد ، لأنه لا يضيق على المسلمين باحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، واحياء هذا يتم بتهيئته لما يصلح من حفر ترابه وتمهيده وفتح القنوات اليه تصب الماء فيه ، لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وان سبق الى معدن باطن وهو الذى لا يوصل اليه الا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص والياقوت والفيروزج فوصل الى نيله ملك ما أخذه لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به » وهل يملك المعدن : فيه قولان (أحدهما) يملكه لأنه موات لا يوصل الى ما فيه الا بالعمل والانفاق ، فملكه بالاحياء كموات الارض (والثانى) لا يملك وهو الصحيح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الملك فى الموات على الاحياء وهو العمارة ، والعمل فى المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ، ولأنه يحتاج فى كل جزء يأخذه الى عمل فلا يملك منه الا ما أخذ ، ويخالف موات الارض لانه اذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به ، فان قلنا انه يملك بالاحياء ملكه الى القرار وملك مرافقه ، فان تباعد انسـان عن حريمه وحفر معدنا فوصل الى العرق لم يمنع من أخذ ما فيه ، لأنه احياء فى موات لا حق فيه لغيره ، فان حفر ولم يصل الى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر فى موات الارض . فان قلنا : لا يملك كان كالمعـدن الظاهر فى ازالة يده اذا طال مقامه ، وفى القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه .

﴿ فصل ﴾ ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الامصار فى جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منـه كالاجتياز ، فان سبق اليه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل بما لا ضرر به على المارة من بارية وثوب ، لأن الحاجة تدعو

الى ذلك ، وان أراد أن يبنى دكة منع ، لأنه يضيق به الطريق ، ويعثر به الضرير وبالليل البصير فلم يجز ، وان قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه ، لأن يد الاول لم تزل ، وان نقل متاعه كان لغيره ان يقعد فيه لأنه زالت يده ، وان قعد وأطال ففيه وجهان :

(أحدهما) يمنع لأنه يصير كالمتملك ، وتملكه لا يجوز (والثانى) يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق اليه ، وان سبق اليه اثنان ففيه وجهان

(أحدهما) يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر (والثانى) يقدم الامام أحدهما ، لأن للإمام النظر والاجتهاد ، ولا تجىء القسمة لأنها لا تملك فلم تقسم .

(الشرح) حديث من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق ، سبق لنا تخريجه أما الأحكام فقد مضى أكثر مسائل هذين الفصلين ، أما ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب (الميادين) بين العمران فليس لأحد احياؤه ، سواء كان واسعا أو ضيقا ، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز والعبور .

وقال أحمد فى السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل ، وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية ومظلة وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو اليه ، فاذا جرى العرف بمنعه الا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستحدثة للركوب كالمترو والترولى والترام والباص ، والسيارات العام منها والخاص ، وللسلطان أن يقيد المطلق أحيانا اذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الاطلاق وجميع المدن المتحضرة فى العالم اليوم لا تسمح بإشغال الطريق الا فى حدود المترو ونحوه ، وبترخيص يصدر

من وزارة الإسكان والمرافق . ولو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن ينصب فيها تابوتاً لبضاعته فى عرض الطريق لضاقت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين ، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذى يشغله

على أن الفقهاء لم يرتبوا حقاً للتملك لمن يجلس فى الطرقات للبيع والشراء فقالوا : والسابق أحق به ما دام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه ، لأن يده قد زالت وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه غيره فى استحقاقه ؛ ويحتمل أن لا يزال . وهذا وجه آخر لأنه سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم . وان استبق إثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما .

وقال أحمد بن حنبل رضى الله عنه : ما كان ينبغى لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق .

قلت : إن الامام أحمد رضى الله عنه يرى فى وقوف مثله على قارعة الطريق للشراء ضرباً من التبذل المخل بأهل الوقار والتصون ؛ لأن هؤلاء قلما يراعون حقوق الطريق ، فقد روى الشيخان عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إياكم والجلوس فى الطرقات ، فقالوا يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : إذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقها . قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، هذا والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الاقطاع والحمى

يجوز للإمام أن يقطع موات الارض لمن يملكه بالاحياء لما روى علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً فأرسل معه معاوية أن أعطه إياها ، أو قال أعطها إياه .

وروى ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه ، فقال أعطوه من حيث وقع السوط .
وروى أن أبا بكر أقطع الزبير وأقطع عمر عليا وأقطع عثمان رضى الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : الزبير وسعداً وابن مسعود وخباباً وأسامة بن زيد رضى الله عنهم . ومن أقطعه الامام شيئا من ذلك صار أحق به . ويصير كالمتحجر فى جميع ما ذكرناه ، لأن بإقطاع الامام صار أحق به كالمتحجر ، فكان حكمه حكم المتحجر ، ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة .

﴿ فصل ﴾ وأما المعادن فانها إن كانت من المعادن الظاهرة لم يجز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه استقطع النبى صلى الله عليه وسلم ملح المأرب فأقطعه إياه ، ثم ان الأقرع بن حابس قال : يا رسول الله انى قد وردت الملح فى الجاهلية ، وهو بأرض ليس بها ماء ، ومن ورده أخذه ، وهو مثل الماء العد بأرض ، فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض قد أقلتك فيه على أن تجعله منى صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو منك صدقة وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه .

وان كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا انها تملك بالاحياء جاز إقطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالاحياء فجاز اقطاعه كموات الارض ، وان قلنا لا تملك بالاحياء فهل يجوز اقطاعه ، فيه قولان .

(أحدهما) يجوز إقطاعه لأنه يفتقر الانتفاع به الى المؤن فجاز اقطاعه

كموات الارض . والثانى لا يجوز لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلم يجز إقطاعه كالمعادن الظاهرة ، فاذا قلنا يجوز إقطاعه لم يجز إلا ما يقوم به لما ذكرناه فى اقطاع الموات .

(فصـــل) ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق ، فمن أقطع شيئا من ذلك صار أحق بالموضع نقل متاعه أو لم ينقل ، لأن للإمام النظر والاجتهاد ، فاذا أقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع فلم يكن لغيره أن يقعد فيه .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أبو داود وفيه ضعف لأن فى إسناده عبد الله ابن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب الملقب بالعُمَرِىّ المكبر . قال ابن حجر فى التقريب : ضعيف عابد . وقال الصنعانى : فيه مقال . وقال الذهبى : صدوق فى حفظه شىء .

وروى عن ابن معين أنه قال : ليس به بأس ، يكتب حديثه ، وقال الدارمى قلت لابن معين : كيف حاله فى نافع؟ قال : صالح ثقة . وقال الفلاس : كان يحيى القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد بن حنبل : صالح لا بأس به ، وقال النسائى وغيره ليس بالقوى ، وقال ابن عدى هو فى نفسه صدوق . وقال أحمد : كان عبد الله رجلا صالحا ، كان يسأل عن الحديث فى حياة أخيه عبيد الله فيقول : أما وأبو عثمان حىّ فلا . وقال ابن المدينى : عبد الله ضعيف . وقال ابن حبان : كان ممن غلب عليه الصلاح والعبادة حتى غفل عن حفظ الأخبار وجودة الحفظ للآثار ، فلما فحش خطؤه استحق الترك

وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبى بكر فى حديث ذكرته قالت وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ »

وقوله : حُضر فرسه ، أى قدر ارتفاع الفرس فى عدوه ، وفى قولها « من أرض الزبير » يحتمل أن تكون هذه الأرض هى التى وردت فى حديث ابن عمر وفى البخارى فى آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبى صلى الله عليه وسلم

أقطع الزبير أرضا من أموال بنى النضير . وفى سنن أبى داود عن أسماء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير نخلا » والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي (ص) ومن بعده من الأئمة إقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وإحيائها واستنباط منافعها . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع صخر بن أبى العيلة البجلى الأحمسى ماء لبنى سليم لما هربوا عن الإسلام وتركوا ذلك ، ثم رده اليهم فى قصة طويلة مذكورة فى سنن أبى داود .

ومنها ما أخرجه أبو داود عن سبرة بن معبد الجهنى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نزل فى موضع المسجد تحت دومة فأقام ثلاثاً ثم خرج إلى تبوك وإن جهينة لحقوه بالرحبة فقال لهم : من أهل ذى المروة ؟ فقالوا : بنو رفاعة من جهينة ، فقال قد أقطعتها لبنى رفاعة فاقتسموها ، فمنهم من باع ومنهم من أمسك فعمل

ومنها عند أبى داود عن قيلة بنت مخرمة قالت : قدمنا على رسول الله (ص) وتقدم صاحبى يعنى حريث بن حسان وافد بكر بن وائل ، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه ، ثم قال يا رسول الله : اكتب بيننا وبين بنى تميم بالدهناء أن لا يجاوزها الينا منهم أحد إلا مسافر أو مجاور ، فقال اكتب له يا غلام بالدهناء فلما رأيته قد أمر له بها شخص بى وهى وطنى ودارى ، فقلت : يا رسول الله إنه لم يسألك السوية من الأرض إذ سألك ، انما هذه الدهناء عندك مقيد الجمل ومرعى الإبل ، ونساء بنى تميم وأبناؤها وراء ذلك ، فقال أمسك يا غلام صدقت المسكينة ، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتان » يعنى الشيطان ، وأخرجه أيضا الترمذى مختصراً

وقال الشافعى رضى الله عنه : والموات الذى للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما رأى أن يحميه عاماً لمنافع المسلمين ، والذى عرفنا نصاً ودلالة فيما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع ، وهو بلد ليس بالواسع الذى إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشى وأضر بهم

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهى الإحياء والإقطاع والحمى . فأما الاحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له . وأما الاقطاع وهو موضوع الفصل ، فإنه لا يصح الا فى موات لم يستقر عليه ملك وعلى هذا كان قطائع النبى صلى الله عليه وسلم حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة فى الزيادة فقال : اعطوه منتهى سوطه ، وأما ورود بعض الأخبار فيما أعطاه للزبير من أرض بنى النضير أو من نخل المدينة فقد أوردها البخارى فى آخر كتاب الخمس ومعنى هذا أنها غنائم زالت عنها يد الكفار وهذه قضية أخرى غير ما أقطعه من أرض البقيع مواتا لإحيائه ، وهكذا كانت قطائع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما كان من شأن تميم الدارى وأبى ثعلبة الخشنى ، فإن تميما سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عيون البلد الذى كان منه بالشام قبل فتحه ، وأبو ثعلبة سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذى قال : فقال : ألا تسمعون ما يقول ؟ فقال والذى بعثك بالحق لتفتحن عليك ، فكتب له كتابا .

فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك اقطاع تقليد لا اقطاع تمليك ، أو يجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق أخبار وتحقيق اعجاز ، وأما الأئمة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فان أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لم يقطعا الا مواتا لم يجر عليه ملك ، واصطفى عمر رضى الله عنه من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وماهرب عنه أربابه أو هلكوا فكان يبلغ تسعة آلاف ألف فكان يصرفها فى مصالح المسلمين ولم يقطع شيئا ، ثم ان عثمان رضى الله عنه أقطعها لأنه رأى اقطاعها أوفى لغلتها من تعطيلها ، وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه الفئ ، فكان ذلك منه اقطاع اجارة لا اقطاع تمليك ، وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف ، ثم تناقلها الخلفاء بعده فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الاشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم .

فاذا كان اقطاع الامام إنما يختص بالموات دون العامر فالذى يؤثره اقطاع

الامام إنما يختص بالموات دون العـامر ، فالذى يؤثره إقطاع الامام أن يكون المقطع أولى النـاس بإحيائه ممن لم يسبق الى احيائه لمكان اذنه وفضل اجتهاده ، فلو بادر فأحياها غـير المقطع فهى ملك للمحيي دون المقطع . وقال أبو حنيفة : ان أحياها قبل مضى ثلاث سنوات من وقت الاقطاع فهى للمقطع ، وان أحياها بعد ثلاث سنين فهى للمحيي .

وقال مالك بن أنس : ان أحياها عالما بالاقطاع فهى للمقطع ، وان أحياها غير عالم بالاقطاع خير المقطع بين أن يعطى المحيي نفقة عمارته وتكون الأرض له ، وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة استدلالا برواية معمر عن أبى نجيح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما فجاء آخرون فى عهد عمر فأحيوها فقال لهم عمر رضى الله عنه حين فزعوا اليه : تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم لولا أنها قطيعة رسـول الله صلى الله عليه وسـلم ما أعطيتكم شـيئا ، ثم قوّمها عامرة وقومها غير عامرة ، ثم قال لأهل الاصل : ان شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم ، وان شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هى لهم .

ودليلنا على أنها ملك المحيي بكل حال دون المقطع ، قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا مواتا فهى له » ولأن الاقطاع لا يوجب التمليك ، والاحياء يوجب التمليك ، فإذا اجتمعا كان ما أوجب التمليك أقوى حكما مما لم يوجبه . فأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قال فى قضيته : لولا أنها قطيعة رسول الله (ص) ما أعطيتكم شيئا ، فدل على أن من رأيه أنها للمحيي ، وانما عـدل عن هذا الرأى لما توجه اليها من اقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يبطله ، فاستنزل الخصمين الى ما قضى به مراضاة لا جبراً .

فان كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غـيرها فجاء غيره فعمرها وحرثها نظر ، فان كان المقطع مقبلا على عمارتها حتى تغلب عليها الثانى فعمرها فهى للأول ويكون الثانى متطوعا بعمارته ، وان كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثانى فهى للثانى دون الأول ، وهـكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير اقطاع فهذا حكم الاقطاع .

(فرع) مضى ما سقناه من حديث أبيض بن حمال الذى وفد إلى النبى (ص) استقطعه الملح ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العد ، وفى إقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن ابن عباس قال « أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال بن الحرث المزنى معادن القبلية جلسيّها وغوريّها ، وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم »

وفى إسناده أبى أويس عبد الله بن عبد الله أخرج له مسلم فى الشواهد وضعفه غير واحد . قال أبو عمر بن عبد البر : هو غريب من حديث ابن عباس ليس يرويه عن أبى أويس غير ثور . وحديث عمرو بن عوف رواه أحمد وأبو داود أيضا بمعنى حديث ابن عباس ، وفى إسناده ابن ابنه كثير بن عبد الله بن عمرو ابن عوف عن أبيه عن جده .

والأحاديث واردة فى جواز أن يقطع الإمام من يأنس منه صلاحا مكاناً فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث . ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مارب للأبيض بن حمال عندما علم ان الملح فيها كالماء الجارى ويشترط فى إقطاع المعادن أن يكون فى موات لا يختص به أحد . وهذا أمر متفق عليه .

وقال فى فتح البارى : حكى عياض أن الإقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك ، وأكثر ما يستعمل فى الأرض ؛ وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، إما بأن يملكه إياه فيعمره ، وإما بأن يجعل له غلته مدة . قال السبكى : والثانى هو الذى يسمى فى زماننا هذا إقطاعا ولم أر أحداً من أصحابنا ذكره . وتخريجه على طريق فقهى مشكل . قال والذى يظهر أنه يحصل للمقطع اختصاص كاختصاص المتحجر ولكنه لا يملك الرقبة ، وبهذا جزم الطبرى ، وادعى الاذرعى نفى الخلاف فى جواز تخصيص الامام بعض الجند بغلة أرضه إذا كان مستحقا لذلك . هكذا فى الفتح

وحكى صاحب الفتح أيضا عن ابن التين أنه إنما يسمى إقطاعا اذا كان من أرض أو عقار ، وإنما يقطع من الفىء ولا يقطع من حق مسلم ولا معاهد ،

قال : وقد يكون الإقطاع تمليكا وغير تمليك ، وعلى الثانى يحمل إقطاعه صلى الله عليه وسلم . وذكر الخطابى وجهاً آخر فقال : إنما يحمى من الأراك ما بعد عن حضرة العمارة فلا تبلغه الإبل الرائحة إذا أرسلت فى الرعى اه

إذا ثبت هـذا فإنه لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة لأن النبى صلى الله عليه وسلم استعاد من أبيض بن حمال ما أقطعه ، لأنه وإن كان فيه توسعة على المقطع له إلا أن فيه تضييقاً على المسلمين

فإذا رأى الإمام أن مكاناً نائياً عن العمران فيه من المعادن والمواد الأولية ما يدخل فى منافع الناس ، وهو من المعادن الظاهرة ، إلا أن بُعـد مكانها عن العمران يجعلها فى حكم المعادن الباطنة ، لأن حملها ونقلها إلى حيث المنتفعون بها عمل يفوق أحيانا مؤنة التنقيب والحفر .

وقد تكون المعادن الظاهرة هى فى حقيقتها مركبـة من مواد مختلفة يحتاج فصلها بعضها عن بعض إلى مصانع ومعامل كالفوسفات والمنجنيز ، وثانى أكسيد الكالسيوم الذى يستخرج من الجير وهو يمثل نسبة عالية فى الجير تبلغ النصف منه قدراً ووزناً ، ومع ذلك فإن الجير مع احتوائه على ثانى أكسيد الكالسيوم يباع الطن منه بقروش معدودة فى حين ان ثانى أكسيد الكالسيوم يباع بالجرام والسبب فى ذلك هو نفقات استخلاصه ومؤنة تمييزه

ومن ثم يجوز للإمام أن يقطع المنـاجم والمحاجر المحتوية على الخامات الظاهرة إذا قصد تصنيعها واستخلاص المواد النافعة الثمينة منها ، وذلك يساوى التنقيب عن المعادن الباطنة .

(فرع) مضى كلامنا فى أمر كان يعده الفقهاء من الإقطاع ويعده المحدثون فى زماننا هذا باسم الترخيص ، وهو إذن السلطان ، فإذا أراد أحـد التجار أن يشغل الطريق أمامه استأذن الحاكم فمنحه رخصة يتحدد فيها المساحة المأذون فى شغلها نظير مكوس يؤديها توقف على تعبيد الطرق وتنظيفها وإنارة الشوارع وصيانتها من الروائح الكريهة والمزابل المؤذية وهى من الأمور التى تناط باجتهاد السلطان وبصره بالأمور ونظره فى صلاح رعيته ، والله اعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز لأحد أن يحمى مواتاً ليمنع الاحياء ورعى ما فيه من الكلأ . لما روى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا حمى إلا لله ولرسوله » فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما لنفسه فإنه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين . والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخيل المسلمين» وأما غيره من الائمة فلا يجوز أن يحمى لنفسه للخبر . وهل يجوز أن يحمى لخيل المجاهدين ، ونعم الجزية ، وإبل الصدقة وماشية من يضعف عن الابعاد فى طلب النجعة ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يجوز للخبر . والثانى يجوز لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : أتى أعرابى من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الاسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضى الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه — وكان اذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ — فلما رأى الاعرابى ما به جعل يردد ذلك ؛ فقال عمر : المال مال الله . والعباد عباد الله ، فلولا ما أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت من الارض شبراً فى شبر » قال مالك : نبئت أنه كان يحمل فى كل عام على أربعين ألفاً من الظهر ، وقال مرة من الخيل .

وروى زيد بن أسلم عن أبيه « أن عمر رضى الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى وقال له : يا هنى اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم مجابة . وأدخل رب الصريمة والغنيمة . واياك ونعم ابن عوف . وإياك ونعم ابن عفان ، فإنهما ان تهلك ماشيتهما يرجعا الى نخل وزرع وان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيتهما فيأتيانى فيقولا : يا أمير المؤمنين ، يا أمير المؤمنين ، أفتاركهم أنا لا أبالك ، ان الماء والكلأ أيسر عندى من الذهب والورق ، والذى نفسى بيده لولا المال الذى أحمل عليه فى سبيل الله

ما حميت عليهم من بلادهم شبراً ، فإن حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا لحاجة والحاجة باقية لم يجز إحياؤها . وإن زالت الحاجة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه زال السبب .

(والثانى) لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نص ، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد ، وإن حماه إمام غيره وقلنا : إنه يصح حماه فأحياه رجل ؛ ففيه قولان (أحدهما) لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم . (والثانى) يملك لأن حمى الإمام اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نص ، والنص لا ينقض بالاجتهاد

(الشرح) حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخارى والنسائى ولفظ النسائى هو الذى ساقه المصنف ، ولفظ أحمد وأبى داود « أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال « لا حمى إلا لله ولرسوله » وتتمة رواية البخارى هكذا : وقال « بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى شرف والربذة » وأخرج الحديث أيضا الحاكم وقال البيهقى : ان قوله « حمى النقيع » من قول الزهرى .

وقد روى الحديث النسائى فذكر الموصول فقط وهو قوله « لا حمى إلا لله ورسوله » ويؤيد ما قاله البيهقى أن أبا داود أخرجه من حديث ابن وهب عن يونس عن الزهرى فذكره وقال فى آخره قال ابن شهاب : وبلغنى أن النبى (ص) حمى النقيع . قال بعض المحدثين : وقد وهم الحاكم فزعم أن حديث لا حمى إلا لله متفق عليه . وهو من أفراد البخارى ، وتبع الحاكم فى وهمه ابو الفتح القشيرى فى الإلمام وابن الرفعة فى المطلب .

والصعب بن جثامة بتشديد المثلثة مع فتح الجيم الليثى ، صحابى مات فى خلافة أبى بكر على ما قيل ، والأصح أنه عاش إلى خلافة عثمان رضى الله عنه .

وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان . والنقيع بالنون مكان معروف . وحكى الخطابى أن بعضهم صحفه فقال بالموحدة ، وهو على قدر عشرين فرسخاً من المدينة ومساحته ميل فى ثمانية أميال ، أفاده ابن وهب فى موطئه ، وأهل

النقيع كل موضع يستنقع فيه الماء ، وهذا النقيع المذكور غير نقيع الخضمات الذى جمع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور . وقال ابن الجوزى : إن بعضهم قال : إنهما واحد والأول أصح

وأثر عمر سقناه فى الفصل قبله فى الرد على مالك ، وأما خبر تولية هنىٌ مولى عمر فقد رواه البخارى عن أسلم مولى عمر وأخرجه عن الدراوردى عن زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ المصنف . وأخرجه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى مرسلا

أما الأحكام فإن الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشى ، لأن الحمى فى كلامهم هو المنع ، والحمى على ثلاثة أنواع : حمى حماه رسول الله (ص) فقد روى أنه وقف على جبل يعمل فصلى عليه ثم قال : هذا حماى وأشار الى النقيع وهو قدر ميل فى ثمانية . وقال الماوردى ستة أميال فحماه لخيل المسلمين . ولأن اجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمته أمضى ، وقضاؤه فيهم أنفذ ؛ وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مُقراً من إحيائهم وعمارتهم .

فأما حمى الامام بعده فإن أراد أن يحمى لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصا لم يجز ، وكان ما حماه مباحا لمن أحياه .

وان أراد أن يحمى لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشى الفقراء نظر ، فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم لضيق الكلأ عليهم لحمى أكثر مواتهم لم يجز . وان كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفى المسلمون بما بقى من مواتهم ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز أن يحمى لرواية مجاهد عن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون شركاء فى ثلاثة . الماء والنار والكلأ وثمنه حرام ، وسيأتى تخريجه فى باب حكم المياه ، وحديث الصعب بن جثامة الذى سبق .

(والقول الثانى) يجوز له أن يحي لما فيه من صلاح المسلمين ، ولما روى أن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لإبل الصدقة واستعمل عليها مولاه أبا أسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبي رضى الله عنه وحمى عمر رضى الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له : هنى وقال : ياهنى اضمم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة — وهى بالتصغير القطعة من الابل نحو الثلاثين أو ما بين العشرة إلى الأربعين — ورب الغنيمة ما بين الأربعين إلى المائة من الشاء والغنم وتفرد به راع واحد ـ وإياى ونعم ابن عوف — يعنى عبد الرحمن — ونعم ابن عفان — يعنى عثمان — فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان الى نخل وزرع ، ورب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتهما يأتينى ببنيه يقول : يا أمير المؤمنين ، أفتاركهم أنا لا أبالك ، فالماء والكلأ أيسر من الذهب والورق — وعمر بهذا يلزم نفسه ويلزم أمراء المسلمين بعده بأن عليهم عوض ما هلك من أموال الرعية بسبب تقصيرهم فى حفظ أموالهم وعنده أن توفير المرعى والكلأ أيسر من توفير الذهب والفضة يبذلهما فى تعويض ما تلف على رب الصريمة والغنيمة ثم يقول : وايم الله إنهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام .

وهكذا يعطى تقويماً صحيحاً وتقديراً سليماً لمقومات الوطنية عند الشعب وهم الرعية ومقومات الديموقراطية والعدل عند الحاكم حين يسمح لرعيته أن يتهموه بالظلم إذا قصرت الدولة فى بذل الخدمات وتأمين سلامة الرعية وهو حمى من أرضهم جزءاً للمرعى فيجب ألا يسمح للأغنياء والقادرين أن يزاحموهم فى مراعيهم لان لهم من بساتينهم ومزارعهم غنية عن مزاحمة الفقراء .

والحمى فيه نفع للفقراء والأغنياء ، أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم ، وأما الأغنياء فلخيل المجاهدين عنهم ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم (لا حمى إلا لله) فمعناه لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله ، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم

فيسلم فيها للفقراء المسلمين ومصالحهم لخالف فيه فعل الجاهلية فإن الذى فى الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوتى بكلب فجعله على جبل أو على نشز من الأرض واستعداه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل اذا أعجبته روضة ألقى فيها كلبا وحمى الى منتهى عوائه وفيه يقول معبد بن شعبة الضبي :

كفعل كليب أنبئت أنه يرى   يخطط أكلاء المياه ويمنع

وقال العباس بن مرداس :

كما كان يبغيها كليب لظلمه   من العز حتى صاح وهو قتيلها
على وائل إذ يترك الكلب هائجاً   وإذ يمنع الأكلاء منها حلولها

وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور وحماه مباح ، ان حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه ، وان حمى للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا ممن يؤثر اجتهاده لهم ، وقد أخرج الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » .

فلو أن رجلا من عوام المسلمين حمى مواتا ومنع الناس منه زمانا رعاه وحده ، ثم ظهر الامام عليه ورفع يده عنه لم يغرمه ما رعاه لأنه ليس بمالك ، ولا يعزره لأنه أحد مستحقيه ولكن ينهاه عن مثله من التعدى . فأما أمير البلد ووالى الاقليم اذا رأى أن يحمى لمصالح المسلمين كالامام فليس له ذلك الا بإذن الامام ، لأن اجتهاد الامام أعم .

ولكن لو أن والى الصدقات اجتمعت معه ماشية الصدقة ، وقل المرعى لها وخاف عليها التلف ان لم يحم الموات لها : فإن منع الامام من الحمى كان والى الصدقات أولى ، وان جوز الامام الحمى ففي جوازه لوالى الصدقات عند ماذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان .

(أحدهما) يجوز كما يجوز عند الضرورة أن يبيع ما بيده من مال الصدقة ،

وإن كان بيعها لا يجوز من غير الضرورة ، فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة ، ولا يستديم بخلاف حمى الامام .

(والوجه الثانى) لا يجوز أن يحمى لأنه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء ، ويكون الضرر - إن كان - بالفريقين معاً ؛ وهذا أصح الوجهين كما أفاده الماوردى فى الحاوى الكبير .

(فرع) إذا حمى الامام مواتاً وصححناه وقلنا : انه كحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأحياه رجل من عامة المسلمين فهل يملك بإحيائه أم لا ؟ قال الماوردى تبعا للشيخ أبى اسحاق : فيه قولان .

أحدهما : لا يملك المحيي ما أحياه من حمى الامام كما لا يملك حمى النبي صلى الله عليه وسلم لأن كليهما حمى محرم .

والقول الثانى : يملك بالاحياء ، وان منع منه لأن حمى الامام اجتهاد وملك الموات بالاحياء نص ؛ والنص أثبت حكما من الاجتهاد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

باب حكم المياه

الماء اثنان ، مباح وغير مباح ، فأما غير المباح فهو ما ينبع فى أرض مملوكة ، فصاحب الأرض أحق به من غيره ، لأنه على المنصوص : يملكه ، وعلى قول أبى إسحاق : لا يملكه ، إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه ، فكان أحق به ، وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية للكلأ لزمه بذله من غير عوض . وقال أبو عبيد بن حرب : لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية ولا بذل الدلو والحبل ليستقى به الماء للماشية ، والمذهب الأول لما روى إياس بن عمرو « أن النبي (ص) نهى عن بيع فضل الماء » .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » ويخالف الكلأ فإنه لا يستخلف عقيب أخذه ، وربما احتاج اليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته

والماء يستخلف عقيب أخذه وماينقص من الدلو والحبل لا يستخلف ، فيستضر والضرر لايزال بالضرر ، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع ، لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه ، والماشية لها حرمة فى نفسها ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها ، وان لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله ، لان النبى صلى الله عليه وسلم علق الوعيد على منع الفضل . ولان مالا يفضل عن حاجته يستضر ببذله ؛ والضرر لا يزال بالضرر .

(الشرح) حديث اياس بن عمرو عند أهل السنن وصححه الترمذى . وقال أبو الفتح القشيرى : هو على شرط الشيخين وقد رواه مسلم فى صحيحه من حديث جابر مرفوعا . أما حديث أبى هريرة فقد وجدته عند الشيخين بلفظ « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » وللبخارى « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ » وعند أحمد من حديث أبى هريرة أيضا « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » أما اللفظ الذى ساقه المصنف معزواً الى أبى هريرة فانى وجدته عند أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه « من منع فضل مائه ، أو فضل كلئه . منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة » وفى اسناده محمد بن راشد الخزاعى وهو ثقة وقد ضعفه .

قال ابن حجر : صدوق يهم ، ورمى بالقدر ، ورواه الطبرانى فى الصغير عن عمرو بن شعيب ورواه فى الكبير من حديث واثلة بلفظ آخر واسناده ضعيف والأحاديث يشهد بعضها لبعض ويشهد لها جميعا حديث أبى هريرة عند الشيخين وحديث عائشة عند أحمد وابن ماجه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع نقع البئر » وحديث جابر عند مسلم « نهى عن بيع فضل الماء » وفى مسند عبد الله بن أحمد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة فى النخل أن لا يمنع نقع بئر وقضى بين أهل البادية أن لا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ » والنقع الماء الفاضل فيها عن حاجة صاحبها ، وقوله « فضل الماء » المراد به مازاد على الحاجة ويؤيد ذلك ماأخرجه أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » .

قال ابن حجر فى فتح البارى : وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة فى الأرض المملوكة . وكذلك فى الموات إذا كان لقصد التملك ، والصحيح عند الشافعية ونص عليه فى القديم وحرملة أن الحافر يملك ماءها .

وأما البئر المحفورة فى الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ماءها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل . وفى الصورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته . والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيته ، هذا هو الصحيح عند الشافعية ، وخص المالكية هذا الحكم بالموات . وقالوا فى البئر التى لا تملك لا يجب عليه بذل فضلها . وأما الماء المحرز فى الإناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح . اه

قال فى البحر : والماء على أضرب ، حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول ، وملك إجماعاً كماء يحرز فى الجرار ونحوها ، ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقنا المحتفرة فى الملك اه

قال ابن بطال : لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بمائه حتى يروى قال الحافظ ابن حجر ، وما نفاه من الخلاف هو على القول بأن الماء يملك ، فكأن الذين يذهبون إلى أنه يملك وهم الجمهور هم الذين لا خلاف عندهم فى ذلك وقد استدل بتوجه النهى إلى الفضل على جواز بيع الماء الذى لا فضل فيه . وقد تقدم فى أبواب البيوع بحوث مستفيضة من المجموع فاشدد بها يديك .

وقوله « ليمنع به الكلأ » هو النبات ، رطبه ويابسه ، والمعنى أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشى رعيه إلا إذا مكنوا من سقى بهائمهم من تلك لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى ، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعى ، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور . وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية ، ويلحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب ، لأنه إذا منعوهم من الشرب امتنعوا من الرعى هناك .

ويحتمل أن يقال يمكنهم حمل الماء لأنفسهم لقلة ما يحتاجون اليه منه بخلاف البهائم ، والصحيح الأول ، ويلتحق بذلك الزرع عند مالك ، والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية الاختصاص بالماشية . وفرق الشافعى فيما حكاه المزنى

عنه بين المواشي والزرع ، بأن الماشية ذات أرواح يخشى من عطشها موتها ، بخلاف الزرع . وبهذا أجاب النووى وغيره .

واستدل لمالك بحديث جابر فى صحيح مسلم الذى ذكرناه لاطلاقه وعدم تقييده ، وتعقب بأنه يحمل على المقيد ، وعلى هذا لو لم يكن هناك كلأ يرعى فلا منع من المنع لانتفاء العلة . على أنه ليس هناك صارف يصرف النهى عن معناه الحقيقى من التحريم ، لا سيما وأن النهى مصحوب فى بعض روايات الحديث بالوعيد . وقال فى الفتح : وظاهر الحديث وجوب بذله مجانا وبه قال الجمهور . وقيل : لصاحبه طلب القيمة من المحتاج اليه كما فى طعام المضطر وتعقب بأنه يلزم منه جواز البيع حالة امتناع المحتاج من بذل القيمة ، ورد بمنع الملازمة فيجوز أن يقال يجب عليه البذل وتثبت له القيمة فى ذمة المبذول له ، فيكون له أخذ القيمة منه متى أمكن ، ولكنه لا يخفى أن رواية لا يباع فضل الماء ، ورواية النهى عن بيع فضل الماء يدلان على تحريم البيع ، ولو جاز له أخذ العوض لجاز له البيع . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المباح فهو الماء الذى ينبع فى الموات ، فهو مشترك بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والنار والكلأ » فمن سبق منهم الى شيء منه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به » فإن أراد أن يسقى منه أرضا ، فإن كان نهراً عظيما كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة ، جاز أن يسقى منه ما شاء ومتى شاء ، لأنه لا ضرر فيه على أحد ، وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقى الارض منه الا أن يحبسه ، فان كانت الأرض متساوية ، بدأ من أول النهر ، فيحبس الماء حتى يسقى أرضه الى أن يبلغ الماء الى الكعب ، ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى أن تنتهى الاراضى ، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى فى شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الاسفل ، ويجعل الماء فيه الى الكعب ، ثم يرسله الى الاسفل الذى يليه كذلك ، حتى تنتهى

الأرضون ، وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلا من الأنصار تنازعا فى شراج الحرة التى يسقى بها النخل ، فقال الأنصارى للزبير : سرح الماء ، فأبى الزبير ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله (ص) للزبير ، اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك ، فقال الأنصارى : أن كان ابن عمتك يا رسول الله ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا زبير اسق أرضك واحبس الماء الى أن يبلغ الجذر ،

وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء فى الارض العالية إلى الكعب حتى يقف فى الارض المستفلة إلى الوسط : فيسقى المستفلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب ، ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ الكعب ؛ فإن أحيا جماعة أرضا على هذا النهر وسقوا منه ، ثم جاء رجل فأحيا أرضا فى أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر ، منع من ذلك ، لأن من ملك أرضا ملكها بمرافقها ، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه

(الشرح) حديث ، الناس شركاء ، رواه أحمد وأبو داود عن أبى خراش عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار ،

ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه ، وثمنه حرام ، وقد رواه أبو نعيم فى الصحابة فى ترجمة أبى خراش ، ولم يذكر الرجل ، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال أبو خراش لم يدرك النبى (ص)

وقد وجدت من كنيته أبو خراش فى الصحابة ، وهو حدرد بن أبى حدرد الاسلمى وهو صحابى

قال ابن حجر فى التقريب : له حديث واحد . ووجدت هذا الحديث يذكره ابن الاثير فى أسد الغابة يقول : روى جندل بن واق عن يحيى بن يحيى الاسلمى عن سعيد بن مقلاص عن الوليد بن أبى الوليد عن عمران بن ابى أنس عن حدرد الاسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، هجرة الرجل أخاه سنة كسفك دمه ، ووجدت أبا داود يسميه فى روايته حبان بن زيد . وفى هامش فتح العلام

أبو خداش حبان بن زيد الشرعبي ثقة لم يعرفه ابن حزم فقال : انه مجهول . انتهى .

وقال ابن حجر فى التقريب : حبان بن زيد الشرعبي أبو خداش ثقة . أخطأ من زعم أن له صحبة .

وقال فى بلوغ المرام : عن رجل من الصحابة قال « غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول « الناس شركاء فى ثلاثة . الكلأ والماء والنار » رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات .

« قلت » والجهالة بالصحابي لا تؤثر فى صحة الحديث كما هو معروف عند المحدثين ، لأنهم رضوان الله عليهم عدول أجمعون .

* * *

وأما رواية ابن عباس عند ابن ماجه والتى فيها « وثمنه حرام » ففيها عبد الله ابن خراش ، وهو متروك ، وقد صححه ابن السكن ، ويشهد لرواية ابن عباس رواية أبي خراش ورواية أبي هريرة عند ابن ماجه وعبد الله بن أحمد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يمنع الماء والنار والكلأ » .

* * *

وأما حديث من « سبق الخ » فقد مر تخريجه فى غير موضع

وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد والبيهقي والطبرانى وفيها انقطاع بلفظ « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى شرب النخل من السيل أن الاعلى يشرب قبل الاسفل ويترك الماء الى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الاسفل الذى يليه . وكذلك حتى تنقضى الحوائط أو يفنى الماء » .

ورواها عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى سيل مهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الاسفل » رواه أبو داود وابن ماجه ، وفى إسناده عبد الرحمن بن الحرث المخزومى المدنى تكلم فيه الإمام أحمد .

وقال الحافظ في الفتح : إن إسناد هذا الحديث حسن ورواه الحاكم في المستدرك من حديث عائشة أنه قضى في سيل مهزور أن الأعلى يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين . وأعله الدارقطني بالوقف وصححه الحاكم ، ورواه ابن ماجه وأبو داود من حديث ثعلبة بن أبي مالك . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي حاتم القرظي عن أبيه عن جده أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مهزور السيل الذي يقسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى الأسفل ، ومهزور وادي بني قريظة بالحجاز . قال ابن الأثير : أما مهروز بتقديم الراء على الزاي فموضع سوق المدينة .

وهذه الأحاديث تدل على أن الأعلى تستحق أرضه الشرب بالسيل والنيل وماء البئر قبل الأرض التي تحتها ؛ وأن الاعلى يمسك الماء حتى يبلغ الكعبين أي كعبي رجل الانسان الواقعين عند مفصل الساق والقدم ثم يرسله بعد ذلك .

وقال صاحب البحر : إن الماء إذا كان قليلا فحده أن يعم أرض الاعلى إلى الكعبين في النخيل وإلى الشراك في الزرع لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك في خبر عبادة بن الصامت . قال : وأما قوله صلى الله عليه وسلم للزبير « اسق أرضك حتى يبلغ الجدر » فقيل : عقوبة لخصمه ، وقيل : بل هو المستحق ، وكان أمره صلى الله عليه وسلم بالتفضل ، فإن كانت الارض بعضها مطمئن فلا يبلغ في بعضها الكعبين إلا وهو في المطمئن إلى الركبتين ، قدم المطمئن الى الكعبين ثم حبسه وسقى باقيها .

وقال أبو طالب : العبرة بالكفاية للاعلى .

أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة وهو عند الخمسة من رواية عبد الله بن الزبير عن أبيه وعند النسائي من رواية عبد الله بن الزبير لم يذكر فيه عن أبيه وللبخاري في رواية قال : خاصم الزبير رجلا — وذكر نحوه — وزاد فيه : فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ للزبير حقه ؛ وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي فيه سعة له وللانصاري ، فلما أحفظ الانصاري رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى للزبير حقه في صريح الحكم » .

قال عروة : قال الزبير « فوالله ما أحسب هـــذه الآية نزلت الا فى ذلك « (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحـكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجـدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليماً ، رواه أحمد كـذلك لـكن قال ، عن عروة بن الزبير أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلا وذكره جملة من مسنده وزاد البخارى فى رواية . قال ابن شهاب فقدرت الانصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر » فكان ذلك الى الـكعبين ، وقد جاء هذا الحديث عند المحدثين فى أبواب الاقضية وأن القاضى اذا حكم وهو غضبان صح ان صادف الحق لانه صلى الله عليه وسلم قضى للزبير بعد أن أغضبه الرجل ولا يخفى أنه لا يصح الحاق غيره صلى الله عليه وسلم به لانه معصوم فلا يدل حكمه صلى الله عليه وسلم وهو غضبان على جواز ذلك للقضاة ، والنبى صلى الله عليه وسلم معصوم عن الحـكم بالباطل فى غضبه ورضاه بخلاف غيره ، ولهذا ذهب بعض الحنابلة الى أنه لا ينفذ الحكم فى حال الغضب لثبوت النهى عنه ، وسيأتى مزيد ايضاح ان شاء الله تعالى فى كتاب الاقضية ، وقد رواه مالك فى موطئه من حديث عروة عن أبيه .

والرجل المبهم الذى خاصم الزبير هو ثعلبة بن حاطب ، وقيل حميد ، وقيل حاطب بن أبى بلتعة ولا يصح لأنه ليس أنصاريا ، وقيل : انه ثابت بن قيس بن شماس ، وانما ترك النبى صلى الله عليه وسلم قتله بعد أن جاء فى مقاله بما يدل على أنه صلى الله عليه وسلم جار فى الحكم لاجل القرابة لان ذلك كان فى أوائل الاسلام وقد كان صلى الله عليه وسلم يتألف الناس اذ ذاك كما ترك قتل عبد الله بن أبى بعد أن جاء بما يسوغ به قتله .

وقال القرطبى : يحتمل أنه لم يكن منافقاً بل صدر منه ذلك عن غـير قصد ، كما اتفق لحاطب بن أبى بلتعة فى قصة تخابره مع العدو ومسطح فى قصة الأفك وحمنة وغيرهم ممن بدره لسانه بدرة شيطانيه .

على أن الحـكم فى هذا الفصل يأتى هـكذا : اذا كان المـاء صغير المجرى بحيث يزدحم الناس فيه ويتشاحون فى مائه أو سيل يتشاح الناس من أصحاب الارض الشاربة منه فيه ؛ فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ الى

الكعب ثم يرسل إلى الذى يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلها : فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثانى أو عمن يليهم فلا شيء للباقين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة فى الميراث ، وهـذا قول الفقهاء من أهل المدينة ومالك والشافعى وأحمد ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل فيه حديث الزبير ، قال الزهرى : نظرنا فى قول النبي صلى الله عليه وسلم « ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر » فوجدنا ذلك إلى الكعبين .

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير ، والحرة أرض ملتبسة بحجارة بركانية سود ، والجدر الجدار ، وإنما أمر النبى صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترك جماعة فى استنباط عين اشتركوا فى مائها ؛ فإن دخلوا على أن يتساووا ، تساووا فى الإنفاق ، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا فى الإنفاق ، ويكون المـاء بينهم على قدر النفقة ، لأنهم استفادوا ذلك بالإنفاق فكان حقهم على قدره ، فإن أرادوا سقى أراضيهم بالمهايأة يوما يوما جاز ، وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضى وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ، فنخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه ، فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من المـاء قبل المقسم فى ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك ، لأن حريم النهر مشترك بينهم ، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه ، فإن أراد أن ينصب رحا قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك ، لأنه يتصرف فى حريم مشترك ، فإن أراد أن يأخذ المـاء ويسقى به أرضاً أخرى ليس لها رسم بشرب من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان فى دربين أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) قوله : بالمهايأة أى بالمناوبة . وقوله : كوى جمع كوة بضم الكاف وتشديد الواو مثل مدية ومدى وتفتح أيضاً وهى الثقب فى الحائط .

إذا كان النهر لجماعة وقد قلنا فيما مضى إن النهر المحي فى موات يكون لمحييه حقوق المالك ، وإن لم يكن مالكا فهو بينهم على حسب العمل والنفقة أو على حسب اتفاقهم ، لأنه انما كان لهم حق المالك بالعمارة والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وان لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم ، وان تشاحوا فى قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر نفقتهم ، لأن لكل واحد منهم من الحقوق بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبه أو حجر مستوى الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض فى مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساويه فى السعه على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب الى ساقيه مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به وليس له أن يأخذ قبل القسم ، كما أن ليس له أن يسقى أرضا ليس لها رسم شرب فى هذا الماء لأن ذلك يدل على أن لها قسما فى هذا المـــاء ، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابهـا فى درب لا ينفذ ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى ، فأراد تنفيذ احداهما الى الاخرى لم يجز ، لانه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز اذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصه يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل .

وان قسموا النهار لجعلوا لواحد من طلوع الشمس الى وقت الزوال والآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز . وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسه مثقوبه تترك فى الماء وفيها علامات اذا انتهى الماء الى علامه كانت ساعه واذا انتهى الى الاخرى كانت ساعتين .

لا يجوز فى النهر المشترك أن يتصرف أحد المشتركين بعمل رحى أو دولاب أو معبر الماء لانه يتصرف فى نهر مشترك وفى حريمه بغير اذن شركائه . أما الشرب لنفسه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به فى أشباه ذلك فإنه يجوز لكل المسلمين ، ولا يحل لصاحب الماء منعه من ذلك لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثه لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخارى .

وعن بهيسة عن أبيها أنه قال : يا نبي الله ما الشيء الذى لا يحل منعه ؟ قال : « الماء » قال يا نبي الله ما الشيء الذى لا يحل منعه ؟ قال « الملح » قال يا نبي الله ما الشيء الذى لا يحل منعه ؟ قال « أن تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ، ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما إذا لم يفضل شيء عن حاجة ماشيته لم يلزمه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب اللقطة

إذا وجد الحر الرشيد لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر والثياب ـ فإن كان ذلك فى غير الحرم ـ جاز التقاطه للتملك ، لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « ما كان منها فى طريق مئتاء فعرفها حولا ، فإن جاء صاحبها وإلا فهى لك ، وما كان منها فى خراب ففيها وفى الركاز الخمس » وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها ، لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا . كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه » وإن كانت فى الحرم لم يجز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها .

ومن أصحابنا من قال : يجوز التقاطها للتملك لأنها أرض مباحة فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم ، والمذهب الأول ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام إلى يوم القيامة ، لم يحل لأحد قبلى ، ولا يحل لأحد بعدى ولم يحل لى إلا ساعة من نهار ، وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيدها ، ولا يعضد شجرها ، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف » ويلزمه المقام للتعريف : وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح

(فصل) وهل يجب أخذها ؟ روى المزنى أنه قال : لا أحب تركها . **وقال**

فى الأم : لا يجوز تركها . فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجب لأنها أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة

(والثانى) يجب ، لما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» ولو خاف على نفسه لوجب حفظها ، فكذلك إذا خاف على ماله .

وقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما «ان كانت فى موضع لا يخاف عليها لأمانة أهله لم يجب عليه ، لأن غيره يقوم مقامه فى حفظها ، وإن كان فى موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، فتعين عليه ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن ، لأن المال انما يضمن باليد أو بالاتلاف . ولم يوجد شىء من ذلك ، ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها فكذلك اللقطة »

﴿ فصل ﴾ وان أخذها اثنان كانت بينهما ، كما لو أخذا صيداً كان بينهما ، فإن أخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره وجب عليه ردها الى الاول لأنه سبق اليها فقدم ، كما لو سبق الى موات فتحجره .

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر مروى من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ؛ وقد مضى للنووى تخريجه فى زكاة الركاز . وقد روى الجوزجانى والاثرم فى كتابيهما قال : حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام بن سعد قال حدثنى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال «أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى فى الطريق الميتاء أو فى قرية مسكونة ؟ فقال عرفه سنة ، فإن جاء صاحبه والا فشأنك به»

وحديث «من كشف عن مسلم كربة الخ» سبق فى غير موضع ؛ وحديث ابن عباس مضى فى الحج ، وحديث ابن مسعود مضى فى البيوع فى غير موضع

أما لغات الفصل فإن اللقطة بفتح القاف اسم الملتقط . قال الخليل بن أحمد لأن ماجاء على فُعَلة فهو اسم للفاعل ، كقولهم هُمَزة ولمزة وضحكة وهزأة . واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذى يضحك منه والهزأة

الذى يهزأ به . وقال الأصمعى وابن الأعرابى والفراء : هى بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضا وتعريفها عند الفقهاء المال الضائع من ربه يلتقطه غيره

وقال الزمخشرى : اللقطة بفتح القاف والعامة تسكنها وأصله من لقط الشىء والتقطه إذا أخذه من الأرض . وأصل فُعلة فى الكلام اسم الفاعل وفعلة اسم المفعول ، غير أن كلام العرب جاء فى اللقطة على غير قياس . أجمع أهل اللغة ورواة الأخبار على أن اللقطة الشىء الملتقط . ذكره الأزهرى . قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشىء من غير طلب .

قوله « مئتاء » أى مسلوك مفعول من الإتيان ، وقد تبدل التاء دالا لمجاورة النطق فتكون ميداء ، ولا يزال العامة ينطقونها محرفة فيقولون الميدأ . وفى الحديث : لولا أنه طريق مئتاء لحزنا عليك يا إبراهيم

أما الأحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمن نفسه عليها أخذها . وهذا قول الشافعى رضى الله عنه .

وقال أحمد رضى الله عنه : الأفضل ترك الالتقاط . وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له .

وقال الشافعى رضى الله عنه : انه يجب أخذها لقوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله

وقال فى الام فى اللقطة الصغيرة فى ضالة الغنم اذا وجدتها فى موضع مهلكة فهى لك فكلها ، فإذا جاء صاحبها فاغرمها له .

وقال فى المال يعرفه سنة ثم يأكله ان شاء ؛ فإن جاء صاحبه غرمها له ، وقال يعرفها سنة ثم يأكلها ، موسرا كان أو معسرا إن شاء ، إلا أنى لا أرى له أن يخلطها بماله ولا يأكلها حتى يشهد على عددها ووزنها وظرفها وعفاصها ووكائها فمتى جاء صاحبها غرمها له الخ . اه

وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة ، وأخذها

أبى بن كعب وسويد بن غفلة . وقال مالك ان كان شيئا له بال يأخذه أحب إلىّ ويعرّفه ، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق

وقال ابن قدامة من الحنابلة فى المغنى : ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفا فى الصحابة ، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام ، وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الامانة فيها ، فكان تركه أولى وأسلم ، كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر .

فإذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفات فى الجنس والحكم ، فالضوال الحيوان ، لأنه يضل بنفسه ، واللقطة غير الحيوان ، سميت بذلك لالتقاط واجدها لها ، ولها حالتان .

(إحداهما) أن توجد فى أرض مملوكة ، فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها وهى فى الظاهر لمالك الارض إن ادعاها ، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال ما كان منها فى طريق ميتاء فعرفها حولا ، فإن جاء صاحبها والا فهى لك ، وما كان فى خراب ففيها وفى الركاز الخمس ،

والحال الثانية : أن توجد فى أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق او موات فلا يخلو ذلك من أحد أمرين : إما أن يكون بمكة أو بغير مكة ، فإن كان بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين ، ظاهر ومدفون ؛ فإن كان ظاهراً فعلى ضربين أحدهما ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره من بعد

(والثانى) أن يكون مما يبقى كالدراهم والدنانير والثياب والحلى والقماش فهذه هى اللقطة التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث زيد بن خالد قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه ، وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ،

وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، متفق عليه .

فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها وإن كان مدفوناً فضربان جاهلي وإسلامي ، فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً وهي على ما ذكرنا ، وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه وإخراج خمسه في مصرف الزكوات للحديث « وفي الركاز الخمس » .

وإن كانت اللقطة بمكة فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه ليس لواجدها أن يتملكها ، وعليه إن أخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد ، وقال بعض أصحابنا : مكة وغيرها سواء في اللقطة استدلالا بعموم الخبر ، وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « إن أبي إبراهيم حرم مكة ، فلا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ، وفي المنشد تأويلان : أحدهما وهو قول أبي عبيد : إنه صاحبها الطالب ، والناشد هو المعرف الواجد لها .

قال الشاعر :

يصيخ للنبـــاة أسماعه إصاخة النـاشد المنشد

فكأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل أن يتملكها إلا صاحبها التي هي له دون الواجد . والتأويل الثاني وهو للشافعي رضي الله عنه أن المنشد الواجد المعرف ، والناشد هو المالك الطالب ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فقال « أيها الناشد غيرك الواجد » يعني لا وجدت كأنه دعا عليه ، فعلى هذا التأويل معنى قوله : لا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها ، فكان في كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها ، ولأن مكة لما باينت غيرها في تحريم صيدها وشجرها تغليظا لحرمتها باينت غيرها في ملك اللقطة ، ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالبا الا بعد حول ان عاد ، فلم ينتشر انشادها في البلاد كلها ، فلذلك وجب عليه مداومه تعريفها ، ولا فرق بين مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك في الحرمه .

فأما عرفة ومصلى ابراهيم عليه السلام ففيه وجهان . أحدهما : أنه حل تحل لقطته قياسا على جميع الحل . والثانى : أنه كالحرم لا تحل لقطته الا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج ، ثم اختلفوا فى جواز انشادها فى المسجد الحرام مع اتفاقهم على تحريم انشادها فى غيره من المساجد على وجهين (أصحهما) جوازه اعتباراً بالعرف وأنه مجمع الناس .

(فرع) اذا ضاعت اللقطه من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانه فى يده فأشبهت الوديعه ، فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها اليه لأنه قد ثبت له حق التمول ، وولاية التعريف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضياع ؛ فإن لم يعلم الثانى بالحال حتى عرفها حولا ملكها ، لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ، ولا يملك الاول انتزاعها ؛ لان الملك مقدم على حق التملك ، واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثانى ، وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وان علم الثانى بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضا ، لان الاول ترك حقه فسقط ، وان قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضا وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله فى الباقى ، وان قصد الثانى بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين .

(الأول) يملكها ، لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول فى تعريفها لنفسه .

(والثانى) لا يملكها لان ولاية التعريف للأول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، وكذلك الحكم اذا علم الثانى بالاول فرفعها ولم يعلمه بها ، ويشبه هذا المتحجر فى الموات اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير اذنه ، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجهاً واحداً ، لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ، ويفارق هذا ما إذا التقطها ثان فإنه وجد منه الالتقاط والتعريف .

(فرع) إذا التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعاً ، وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر

وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهى لآخذها ، لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد . وإن قال أحدهما لصاحبه : هاتها فأخذها نظرت ، فان أخذها لنفسه فهى له دون الآمر ، وإن أخذها للآمر فهى له كما لو وكله فى الاصطياد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصــل) وإذا أخذها عرف عفاصها ، وهو الوعاء الذى تكون فيه ، ووكاءها وهو الذى تشد به وجنسها وقدرها ، لما روى زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة ، فان جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك » فنص على العفاص والوكاء ، وقسنا عليهما الجنس والقدر ، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله ، وتعرف به صدق من يدعيها ، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب لأنه دخول فى أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة

(والثانى) يجب لما روى عياض بن حمار رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من التقط لقطة فليشهد ذا عدل ، أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب » ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط .

(والثالث) أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه كالبيع ، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب فوجب الإشهاد عليه كالنكاح ، وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف ، لأن التعريف للتملك فاذا لم يرد التملك لم يجب التعريف .

فان أراد أن يتملكها نظرت ، فان كان مالا له قدر يرجع من ضاع منه فى طلبه لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو . وحديث زيد بن خالد ، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة ؟ فيه وجهان .

(أحــدهما) لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها .

(والثانى) يجوز لان اسم السنة يقع عليها ، ولهذا لو نذر صوم سنه جاز أن يصوم سنه متفرقه . ويجب أن يكون التعريف فى أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها ، وفى المواضع التى يجتمع الناس فيها كالاسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك ويكثر منه فى الموضع الذى وجدها فيه ، لأن من ضاع منه شىء يطلبه فى الموضع الذى ضاع فيه ، ولا يعرفها فى المساجد ، لما روى جابر قال : سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « لا وجدت » وذلك لانه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات ، ويقول : من ضاع منه شىء ، أو من ضاع منه دنانير ، ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها ؛ فان ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، لان بمجرد الصفه لا يجب الدفع ، والثانى : يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفه ، فان لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على الملتقط ، لأنه يتملك به ، وان كانت اللقطه مما لا يطلب كالتمرة واللقمه لم تعرف ؛ لما روى أنس قال : مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمرة فى الطريق مطروحه فقال « لولا أن أخشى أن تكون من الصدقه لأكلتها » وان كان مما يطلب الا أنه قليل ، ففيه ثلاثه أوجه ، أحدها : يعرف القليل والكثير سنه وهو ظاهر النص لعموم الاخبار .

والثانى : لا يعرف الدينار ، لما روى أن عليا كرم الله وجهه وجد دينارا فعرفه ثلاثا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « كله أو شأنك به » .

والثالث : يعرف ما يقطع فيه السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لأنه تافه ، ولهذا قالت عائشه رضى الله عنها : ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه .

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهنى رواه البخارى ومسلم وأحمد ، واللفظ الذى ساقه المصنف أقرب الى رواية أحمد . ولفظ الشيخين « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها

يوما من الدهر فأدها اليه . وسأله عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها ؛ دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب » ولم يقل فيه أحد « الذهب أو الورق » وفى رواية لمسلم « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهى لك »

وحديث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائى وابن حبان . وفى لفظ للبيهقى « ثم لا يكتم وليعرف » وصححه ابن الجارود وابن حبان وقد رواه الشافعى أورده الربيع فى اختلاف مالك والشافعى فى اللقطة ليلزم مالكا بما رواه فقال : أخبرنا مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهنى الخ .

أما حديث جابر فقد مضى تخريجه فى كتاب الصلاة من المجموع . أما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان .

أما حديث على فقد أخرجه أبو داود عن بلال بن يحيى العبسى عنه وفيه « أنه التقط دينارا فاشترى به دقيقا فعرفه صاحب الدقيق فرد عليه الدينار فأخذه على فقطع منه قيراطين فاشترى به لحما . قال المنذرى : فى سماع بلال بن يحيى من على نظر . وقال الحافظ بن حجر : إسناده حسن ، ورواه أبو داود أيضا عن أبى سعيد الخدرى أن على بن أبى طالب وجد دينارا ، فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « هو رزق الله فأكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكل على وفاطمة ، فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا على أد الدينار » وفى إسناده رجل مجهول . وأخرجه أبو داود أيضا من وجه آخر عن أبى سعيد ، وذكره مطولا وفى إسناده موسى بن يعقوب الزمعى وثقه ابن معين . وقال ابن عدى لا بأس به ، وقال النسائى ليس بالقوى .

وروى هذا الحديث الشافعى عن الدراوردى عن شريك بن أبى نمر عن عطاء ابن يسار عن أبى سعيد الخدرى وزاد « أنه أمره أن يعرفه » ورواه عبد الرزاق

من هذا الوجه ، وزاد لجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام ؛ وفى إسناد هذه الزيادة أبو بكر بن أبى سبرة وهو ضعيف جداً .

وقد أعل البيهقى هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة فى التعريف ، قال ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطرار ، وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد ، وسيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى .

قوله « فليشهد » ظاهر الأمر يدل على وجوب الاشهاد ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه وبه قال أبو حنيفة ، وفى كيفية الاشهاد قولان ، أحدهما يشهد أنه وجد لقطة ولا يُعلم بالعفاص ولا غيره لئلا يتوصل بذلك الكاذب إلى أخذها ، والثانى يشهد على صفاتها كلها حتى إذا مات لم يتصرف فيها الوارث ، وأشار بعض أصحابنا إلى التوسط بين الوجهين فقال لا يستوعب الصفات ، ولكن يذكر بعضها ، قال النووى وهو الأصح ، والثانى من قولى الشافعى أنه لا يجب الاشهاد وبه قال مالك وأحمد وغيرهما ، وقالوا إنما يستحب احتياطا ، لأن الرسول (ص) لم يأمر به فى حديث زيد بن خالد ، ولو كان واجبا لبينه

أما العفاص بكسر العين المهملة وتخفيف الفاء ، وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة جلدا أو غيره أخذاً من العفص وهو الثنى لانثنائه على ما فيه ، وقد وقع فى زوائد المسند لعبد الله بن أحمد فى حديث لأبى بن كعب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عرفها فان جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها وفرقتها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها » والعفاص يكون على رأس القارورة لسدها وأما الذى يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام ، فحيث يذكر الوعاء مع العفاص فالمراد الاول ، وحيث يذكر العفاص مع الوكاء فالمراد الثانى ، أفاده فى فتح البارى

قوله « ولا يكتم » يعنى لا يحل كتم اللقطة إذا جاء لها صاحبها وجاء من أوصافها ما يغلب الظن بصدقه ، والمقصود من معرفة الآلات التى تحفظ فيها ويلتحق بذلك معرفة جنسها ونوعها وقدرها ، فقد قال النووى : يجمع بين الروايات بأن يكون مأموراً بالمعرفة فى حالتين فيعرف العلامات وقت الالتقاط

حتى يعلم صدق واصفها إذا وصفها ، ثم يعرفها مرة أخرى بعد تعريفها سنة إذا أراد أن يتملكها ليعلم قدرها وصفتها إذا جاء بعد ذلك فردها اليه

قال الحافظ ابن حجر : ويحتمل أن تكون فى الروايتين (يشير الى رواية البخارى « عرفها سنة ثم عرف عفاصها ووكاءها » ورواية البخارى أيضا « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ») ثم بمعنى الواو فلا تقتضى ترتيبا ، فلا تقتضى تخالفاً يحتاج إلى الجمع ، ويقويه كون المخرج واحداً والقصة واحدة ، وإنما يحسن الجمع بما تقدم لو كان المخرج مختلفا أو تعددت القصة . وليس الغرض إلا أن يقع التعرف والتعريف مع قطع النظر عن أيهما يسبق . قال واختلف العلماء فى هذه المعرفة على قولين أظهرهما الوجوب لظاهر الأمر . وقيل يستحب ، وقال بعضهم يجب عند الالتقاط ويستحب بعده .

وقال أيضا فى الفتح عند قوله « ثم عرفها » محل ذلك المحافل كأبواب المساجد والأسواق ونحو ذلك . قلت : كبرامج الإذاعة المخصصة للأشيـــاء المفقودة كبرنامج طريق السلامة الذى توفر له إذاعة القاهرة عشر دقائق من صباح كل يوم فى زماننا هذا .

قوله (سنة) الظاهر أن تكون متوالية ولكن على وجه لا يكون على جهة الاستيعاب ، فلا يلزمه التعريف بالليل ، ولا استيعاب الأيام بل على المعتاد ، فيعرف فى الابتداء كل يوم مرتين فى طرفى النهار ، ثم فى كل يوم مرة ، ثم فى كل أسبوع مرة ، ثم فى كل شهر مرة ، ولا يشترط أن يعرفها بنفسه ، بل يجوز له توكيل غيره ؛ ويعرفها فى مكان وجودها وفى غيره . كذا قال العلماء ، وظاهره أن التعريف واجب لاقتضاء الأمر الوجوب ، لا سيما وقد وصف النبى (ص) من لم يعرفها بالضلال فى حديث لزيد بن خالد عند أحمد ومسلم « قال : لا يأوى الضالة إلا ضال ما لم يعرفها » هكذا جاءت (لا يأوى) من الثلاثى اللازم ، وقد يتعدى كما فى هذا الحديث .

وفى المبادرة الى التعريف خلاف مبناه هل الأمر يقتضى الفور أم على التراخى وظاهره أنه لا يجب التعريف بعد السنة ، وبه قال الجمهور وادعى صاحب البحر الاجماع ، على أنه وردت رواية عند البخارى عن أبى بن كعب بلفظ : وجدت

صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبي (ص) فقال « عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته ثانيا فقال عرفها حولا فلم أجد ، ثم أتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها فاستمتعت ، فلقيته بعد بمكة فقال : لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحداً ، وذكر البخارى الحديث فى موضع آخر من صحيحه فزاد « ثم أتيته الرابعة فقال : اعرف وعاءها الخ » .

قال فى فتح البارى : القائل فلقيته بعد بمكة هو شعبة ، والذى قال لا ادرى هو شيخه سلمة بن كهيل وهو الراوى لهذا الحديث عن سويد عن أبى ، قال شعبة فسمعته بعد عشر سنين يقول : عرفها عاما واحداً . وقد بين أبو داود الطيالسى فى مسنده القائل : فلقيته والقائل لا أدرى ، فقال فى آخر الحديث : قال شعبة فلقيت سلمة بعد ذلك فقال لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحداً ، وبهذا يتبين بطلان قول ابن بطال أن الذى شك هو أبى بن كعب ، والقائل هو سويد ابن غفلة ، وقد رواه عن شعبة عن سلمة بن كهيل بغير شك جماعة ، وفيه ثلاثة أحوال إلا حماد بن سلمة فإن فى حديثه عامين أو ثلاثة . وجمع بعضهم بين حديث أبى هذا وحديث خالد بن زيد المذكور فيه سنة فقط بأن حديث أبى محمول على مزيد الورع عن التصرف فى اللقطة والمبالغة فى التعفف عنها ، وحديث زيد على ما لا بد منه .

وجزم ابن حزم وابن الجوزى بأن الزيادة فى حديث أبى غلط . قال ابن الجوزى : والذى يظهر لى أن سلمة أخطأ فيها ثم ثبت واستمر على عام واحد ، ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه ، لا بما يشك فيه راويه . وقال أيضا : يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم عرف أن تعريفها لم يقع على الوجه الذى ينبغى ، فأمر ثانيا بإعادة التعريف ، كما قال للمسىء صلاته « ارجع فصل فإنك لم تصل » .

قال الحافظ بن حجر : ولا يخفى بُعد هذا على مثل أبى مع كونه من فقهاء الصحابة وفضلائهم . قال المنذرى « لم يقل أحد من أئمة الفتوى أن اللقطة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر أربعة أقوال يعرف بها ، ثلاثة أحوال ، عاما واحداً ، ثلاثة أشهر ، ثلاثة أيام ، وزاد ابن حزم عن عمر قولا خامساً وهو أربعة أشهر .

قال فى الفتح : ويحمل ذلك على عظم اللقطة وحقارتها . وأما قوله فى الحديث « فإن لم تعرف فاستنفقها » فقد قال يحي بن سعيد الأنصارى : لا أدرى هذا فى الحديث أم هو شيء من عند يزيد مولى المنبعث (وهو الراوى عن زيد بن خالد) كما حكى البخارى ذلك عن يحي ، وتعقب ابن حجر هذا فى الفتح فقال : شك يحي هل قوله « ولتكن وديعة عنده » مرفوع أم لا ، وهو القدر المشار اليه بهذا دون ما قبله لثبوت ما قبله فى أكثر الروايات ، وخلوها عن ذكر الوديعة ، وقد جزم يحي بن سعيد برفعه مرة أخرى كما فى صحيح مسلم بلفظ « فاستنفقها ولتكن وديعة عندك » وكذلك جزم برفعها خالد بن مخلد عن سليمان عن ربيعه عند مسلم ، وقد أشار البخارى إلى رجحان رفعها فترجم باب إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه لانها وديعة عنده ، والمراد بكونها وديعة أنه يجب ردها فتجوّز بذكر الوديعة عن وجوب رد بدلها بعد الاستنفاق ، لا أنها وديعة حقيقة يجب رد عينها ، لأن المأذون فى استنفاقه لا تبقى عينه ؛ كذا أفاده ابن دقيق العيد قال : ويحتمل أن تكون الواو فى قوله « ولتكن وديعة » بمعنى أو ، أى إما أن تستنفقها وتغرم بدلها ، وإما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها فتعطيها إياه ويستفاد من تسميتها وديعة أنها لو تلفت لم يكن عليه ضمانها ، وهو اختيار البخارى تبعاً لجماعة من السلف .

(فرع)

روينا عن أحمد وأبى داود عن جابر بن عبد الله قال « رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصا والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به » وفى إسناده المغيرة بن زياد ، قال المنذرى . تكلم فيه غير واحد ، وفى التقريب : صدوق له أوهام وفى الخلاصة : وثقه وكيع وابن معين وابن عدى وغيرهم .

وقال أبو حاتم : شيخ لا يحتج به ، وفيه جواز الانتفاع بما يوجد فى الطرقات من المحقرات لا سيما إذا كان هذا الشيء الحقير مأكولا لما فى حديث أنس الذى ساقه المصنف ، فإنه يجوز أكله ولا يجب التعريف به أصلا كالتمرة ونحوها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد بين أنه لم يمنعه من أكل التمرة إلا خشية أن تكون من الصدقة ، ولولا ذلك لأكلها .

وقد روى ابن أبي شيبة عن ميمونة أم المؤمنين أنها وجدت تمرة فأكلتها وقالت : لا يحب الله الفساد . قال فى الفتح : يعنى أنها لو تركتها فلم تؤخذ فتؤكل لفسدت ثم قال : وجواز الاكل هو المجزوم به عند الاكثر .

وعندنا أن القليل إذا كان يطلب فى العادة وجب التعريف به كالكثير مدة التعريف المنصوص عليها وهى سنة لعموم الاحاديث الواردة . وعند أبى حنيفة أنه يعرف بالقليل ثلاثة أيام . وذلك لحديث يعلى بن مرة مرفوعا « من التقط لقطه يسيرة حبلا أو درهما أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثه أيام ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه سته أيام » رواه أحمد والطبرانى والبيهقى ، وزاد الطبرانى « فإن جاء صاحبها والا فليتصدق بها » وفى اسناده عمر بن عبد الله بن يعلى ، وقد صرح جماعه ضعفه ، وزعم ابن حزم أنه مجهول وقد دافع عنه ابن حجر وابن رسلان والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان (أحدهما) تدخل فى ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فان جاء صاحبها والا فهى لك ولانه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد (والثانى) أنه يملكه باختيار التملك ، لما روى فى حديث زيد بن خالد الجهنى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فان جاء صاحبها والا فشأنك بها فجعله الى اختياره ولانه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع . وحكى فيه وجهان آخران . أحدهما : أنه يملك بمجرد النيه . والثانى : يملكه بالتصرف ولا وجه لواحد منهما ، ولا فرق فى ملكها بين الغنى والفقير لقوله صلى الله عليه وسلم « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » ولم يفرق لأنه ملك بعوض فاستوى فيه الغنى والفقير كالملك فى القرض والبيع .

(فصل) فان حضر صاحبها قبل أن يملكها نظرت ؛ فان كانت العين باقيه وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، لأنها باقيه على ملكه . وان كانت تالفه لم يلزم الملتقط ضمانها ، لانه يحفظ لصاحبها ، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط

كالوديعة ، وإن حضر بعد ما ملكها - فان كانت باقية - وجب ردها ، وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها ، وقال الكرابيسي : لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك ؛ فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز ؛ والمذهب الأول ، لما روى أبو سعيد الخدرى أن عليا كرم الله وجهه وجد دينارا فجاء صاحبه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أده » قال علي : قد أكلته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إذا جاءنا شيء أديناه » ويخالف الركاز فإنه مال لكافر لا حرمة له ، وهذا مال مسلم ، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز ، ويلزمه تعريف اللقطة ، فان كانت العين باقية فقال الملتقط : أنا أعطيك البدل ، لم يجبر المالك على قبوله ، لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله ، فلا يجبر على قبول البدل ، وإن حضر - وقد باعها الملتقط وبينهما خيار - ففيه وجهان .

(أحدهما) يفسخ البيع ، ويأخذ لأنه يستحق العين والعين باقية .

(والثاني) لا يجوز له أن يفسخ ، لأن الفسخ حق للعاقد ، فلا يجوز لغيره من غير إذنه ، وإن حضر وقد زادت العين ، فان كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة ، وان كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة ، لأنه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصله والمنفصله كالرد بالعيب

(الشرح) الاحاديث المذكورة فى هذين الفصلين سبق استيفاء الكلام عليها فى الفصل قبلهما .

أما الاحكام : فقد قال الشافعي رضى الله عنه : ويأكل اللقطة الغنى والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه . وهذا كما قال : يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولا أن يتملكها ويأكلها غنيا كان أو فقيراً . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ان كان فقيراً ، ولا يجوز إن كان غنياً أن يتملكها ، ويكون مخيراً بين أمرين : إما أن تكون فى يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة ، وإما أن يتصدق بها ، فان جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد ، وإن لم يمض الصدقه فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالا بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها ، وهو حديث فى إسناده عمر بن عبد الله

ابن يعلى ، قال أبو حنيفة : وهذا نص ، ولأنه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن يختلف فيه حال الغنى والفقير كالزكاة ، ولأنه مال مسلم فوجب أن لا يحل إلا لمضطر قياساً على غير اللقطة .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم « فان جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » وهو يقتضى التسوية بين الغنى والفقير ، وروى أن أبيّ بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أو مائة دينار فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرفها حولا « فان جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » .

قال الشافعي رضى الله عنه : وأبى من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم ، ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبى حنيفة . فدل على أن الفقر غير معتبر فيها وأن الغنى لا يمنع منها . وروى عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدرى أن على بن أبي طالب وجد ديناراً فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فأمره أن يعرف به ثلاثا فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع به الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : كله حتى اذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال على رضى الله عنه : قد أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكله فانطلق صاحب الدينار وكان يهوديا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا جاءنا شيء أديناه اليك .

قال الشافعي رضى الله عنه : وعلى ممن يحرم عليهم الصدقه ، لانه من طينة بنى هاشم ؛ فلو كانت اللقطه تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه ، ولأن كل من كان من أهل الالتقاط جاز أن يرتفق بالاكل والتملق كالفقير ؛ ولان ماثبت للفقير فى اللقطه ثبت للغنى كالنسك والصدقه ، ولان كل مال استباح الفقير اتلافه بشرط الضمان استباح الغنى اتلافه بشرط الضمان كالقرض ، ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه ، وقد يجعل المضطر أصلا فيقول : كل ارتفاق بمال الغير اذا كان مضمونا استوى فيه الغنى والفقير كأكل مال الغير المضطر ، ولانه استباحة اتلاف مال لغيره لمعنى فى المال فوجب أن يستوى فيه حكم الغنى والفقير كالفحل الصائل ، ولأن كل ما استبيح تناوله عند الإياس من مالكه فى الأغلب استوى فيه حكم الغنى والفقير كالركاز ، ولأن حال اللقطة فى يد واجدها لا يخلو

من أن تـكون فى حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من مال الغنى والفقير ، أو فى حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى أو فى حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير

ومذهب أبى حنيفة مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة فكان فاسدا : ثم يقال لأبى حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الافعال لأن صورها فى الطاعة والمعصية على سواء كالمرائى بصلاته ، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفا على غير العامل فى استحقاقه أو إحباطه

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بها فمحمول على فرض صحة الرواية على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه ، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة ، لأن الزكاة تملك غير مضمون ببدل ، واللقطة تؤخذ مضمونة ببدل فكان الغنى أحق بتملكها ، لأنه أوفى ذمة ، وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلا .

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه ولا أحب لأحد ترك اللقطة اذا وجدها وكان أمينا عليها ، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه . وقال أيضا ولا يجوز لأحد ترك اللقطة اذا وجدها ، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها ، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين . فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين

(أحدهما) أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نص عليه فى هذا الموضع لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها .

(والقول الثانى) أن أخذها واجب وتركها مأثم ، لأنه لما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم

وقال جمهور أصحابنا ، ليس ذلك على قولين ، انما هو على اختلاف حالين ، فالموضع الذى لا يأخذها اذا كانت يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن يؤدى الامانة فيها ، والموضع الذى أوجب عليه أخذها اذا كانت فى موضع لا يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن لا يؤدى الأمانة فيها ، لما فى ذلك من التعاون ، وعلى كلتا

الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أميناً عليها ، بل يدور أخذها بين الاستحباب والوجوب . وحكى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرها أخذها . وروى أن شريحاً مر بدرهم فلم يعرض له . وفي هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف . وقد أخذ أبي الصرة وأخذ على الدينار . وأخبرا النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهه لهما ، ويجوز أن يكون المحكى عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها ، أو ضعيفاً عن القيام بها . ونحن نكره لغير الأمين عليها والضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها . وإنما يؤمر به من كان أميناً قوياً ، فلو تركها القوى الأمين حتى هلكت فلا ضمان عليه وإن أساء . وإن أخذها لزمه القيام بها ، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان . ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه بخلاف الضوال في أحد الوجهين لأنه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها . وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها

وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط في اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء صاحبها هل يضمنها له أم لا ؟ فذهب الجمهور الى وجوب الرد إن كانت العين موجودة أو البدل إن كانت قد استهلكت . وخالف في ذلك الكرابيسى صاحب الشافعي ووافقه صاحباه البخاري وداود بن على الظاهرى إمام المذهب المعروف لكن وافق داود الجمهور اذا كانت العين قائمة .

ومن أدلة الجمهور ما تقدم من الاحاديث « ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها » وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم «فإن جاء صاحبها فلا تكتم فهو أحق بها» وفي رواية للبخاري « فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فان جاء صاحبها فأدها اليه » أى بدلها لأن العين لا تبقى بعد أكلها .

وفي رواية لأبي داود « فان جاء باغيها فأدها اليه ، والا فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فان جاء باغيها فأدها اليه » فأمر بأدائها قبل الإذن في أكلها وبعده .

قال الماوردى في الحاوى الكبير : ان الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك الى أحد أمرين ، اما أن لا يرغب الواجد في أخذها ، واما أن تدخل

المشقه عليه فى استدامة أمساكها ، فكان اباحة التمليك لها بعد التعريف أحث على أخذها وأحفظ لها على مالكها لثبوت غرمها فى ذمته ، فلا تكون معرضة للتلف ، وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها فى مقابلة ما عاناه فى حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير ، ثم مذهب الشافعى لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعريف ، وتملكها بعد الحول ، لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمى .

فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واجد من غنى أو فقير فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالكا ؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالكا لها بمضى الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل فى ملكه . وهذا قول أبى حفص بن الوكيل لأنه كسب على غير بدل فأشبه الركاز والاصطياد

والوجه الثانى : أنه يملكها بعد مضى الحول باختيار التملك ، فإن لم يختر التملك لم يملك . وهذا قول أبى إسحاق المروزى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فان جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » فرد أمرها إلى اختياره ، ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنا . فاقتضى أن لا ينتقل عما كان عليه الا باختيار ما أبيح له

والوجه الثالث : أنه لا يملكها بعد مضى الحول الا بالاختيار والتصرف ، وهو ما لم يتصرف غير مالك ، لأن التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة .

فإذا صار مالكها بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فمن جاء طالبا لها رجع بها ان كانت باقية ، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها الى بدلها ، فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها ، وان كانت غير ذى مثل رجع لقيمتها حين تملكها ، لأنه اذ ذاك صار ضامنا لها . فإن اختلفا فى القيمة فالقول قول متملكها لأنه غارم ؛ فلو كانت عند مجىء صاحبها باقية لكن حدث منها نماء منفصل رجع بالأصل دون النماء لحدوث النماء بعد ملك الواجد

فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه اعلامه بها . ثم ينظر فإن كان ذلك قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كالوديعة . وفى هذه

الحال ترد بنمائها متصلا ومنفصلا لأن ذلك قبل زمن التملك . وان كان بعد تملكها فمؤنة ردها على الواجد دون صاحبها لبقائها على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان جاء من يدعيها ووصفها ، فإن غلب على ظنه أنها له جاز له أن يدفع اليه ولا يلزمه الدفع لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة فإن دفع اليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البينة انها له قضى بالبينة لأنها حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف ، فان كانت باقية ردت على صاحب البينة ، وان كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لأنه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن الآخذ لأنه أخذ ماله بغير حق ، فان ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط ، لأنه إن كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع ، وإن كان مظلوما لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه .

وإن ضمن الملتقط نظرت فان كان قد أقر للآخذ بالملك بأن قال هي لك لم يرجع عليه ، لأنه اعترف أنه أخذ ماله وأن صاحب البينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه ، وإن لم يقر له ولكنه قال يغلب على ظنى أنها لك فله الرجوع لأنه بان أنه لم يكن له ، وقد تلف فى يده فاستقر الضمان عليه .

* * *

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : إذا التقط الرجل اللقطة مما لا روح له ما يحمل ويحول ، فإذا التقط الرجل لقطة قلت أو كثرت عرفها سنة ، ويعرفها على أبواب المساجد والأسواق ومواضع العامة ، ويكون أكثر تعريفه إياها فى الجماعة التى أصابها فيها ، ويعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها وحليتها ويكتب ويشهد عليه ، فإن جاء صاحبها وإلا فهى له بعد سنة . على أن صاحبها متى جاء غرمها ، وإن لم يأت فهى مال من ماله . وان جاء بعد السنة وقد استهلكها والملتقط حى أو ميت فهو غريم من الغرماء يحاص الغرماء

فإن جاء ووقع فى نفسه أنه لم يدع باطلا أن يعطيه ولا أجبره فى الحكم إلا ببينة تقوم عليها كما تقوم على الحقوق ، فإن ادعاها واحد أو اثنان فسواء لا يجبر على دفعها اليهم إلا ببينة يقيمونها عليه . وقال أيضاً : ونفقى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن ، ووقع فى نفسه أنه صادق أن يعطيه ، ولا أجبره عليه إلا ببينة لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها .

قلت : وصورتها فى رجل ادعى لقطة فى يد واجدها ، فان أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها ، وإن لم يقم بينة لكن وصفها ـ فان أخطأ فى صفتها ـ لم يجز دفعها اليه ، وإن أصاب فى جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعت والعدد والوزن ، فان لم يقع فى نفسه صدقه لم يدفعها اليه ، وان وقع فى نفسه أنه صادق وأفتيناه بدفعها اليه جوازاً لا واجباً ـ فان امتنع من الدفع ـ لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك وأحمد : يجبر على دفعها اليه بالصفة استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة . فان جاء طالبها فادفعها اليه ، فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبينة فى الاستحقاق .

وروى سويد بن غفله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ، فان جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها اليه ، وهذا نص . قالوا : ولأن كل إمارة غلب بها فى الشرع صدق المدعى جاز أن يوجب قبول قوله كالبينات . قالوا : ولأن البينات فى الأصول مختلفه ، وماتعذر منها فى الغائب يخفف كالنساء المنفردات فى الولادة وإقامه البينه على اللقطه متعذر لا سيما على الدنانير والدراهم التى لا تضبط أعيانها فجاز أن تكون الصفه التى هى غاية الاحوال الممكنه أن يكون بينة فيها .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم ، لو أعطى الناس بدعاواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينه على المدعى ، واليمين على المدعى عليه . فلم يجعل الدعوى حجه ، ولاجعل مجرد القول حجه بينة ، ولان الصفه للمطلوب من تمام الدعوى ، فلم يجز أن تكون بينة للطالب قياسا على الطلب .

قال الشافعى رضى الله عنه محتجا عليهم . أرأيت لو وصفها عشرة أيعطونها ،

ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بغير عينه ، فرد عليه ابن داود فقال : كما لو ادعاها عشرة وأقام كل واحد منهم بينة عليها ، قسمتها بينهم ، وان صدق جميعهم مستحيلا ، كذلك إذا وصفوها كلهم .

والجواب عن هذا من وجهين : أحدهما : أن كذب المدعى أسقط الدعوى من كذب الشهود ، ألا ترى أن إكذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى وإكذاب الشهود لأنفسهم غير مبطل للدعوى . والثانى : أن البينة هى أقصى ما يقدر عليه المدعى وأقوى ما يحكم به الحاكم ؛ فدعت ضرورة الحاكم فى البينة إلى مالم يدعه من الصفة .

وأما الجواب عن قولهم : اعرف عفاصها ووكاءها فهو أن ذلك منه لا ليدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه ، ولكن لمعان هى أخص بمقصود اللقط ، منها أن بينته بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته ونزارته على حفظ ما فيه ووجوده مع كثرته . ومنها أن يتميز بذلك عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة ، وإن لم يجب، وعلى هذا المعنى نحمل حديث ـ و يد بن خالد الذى جعلوه نصا .

وأما استدلالهم فنحن ما جعلنا الإمارة على الصدق حجة فى قبول الدعوى وإنما جعلنا الأيمان بعدها حجة ، وأما استدلالهم بأن البينات فى الأصول مختلفة فصحيح ؛ وليس فى جميعها بينة تكون بمجرد الصفة ، ولا يكون تعذر البينة موجبا أن تكون الصفة بينه . ألا ترى أن السارق تتعذر إقامة البينه عليه ، ولا يكون صفة ما بيده لمدعى سرقته حجة .

فإذا ثبت أن دفعها بالصفه لا يجب فدفعها بالصفه وسعه ذلك إذا لم يقع فى نفسه كذبه ؛ فان أقام غيره البينه عليها بشاهدين أو شاهد وإمرأتين أو شاهد ويمين كان مقيم البينه أحق بها من الآخذ لها بالصفه ، فان كانت باقيه فى يد الواصف انتزعت منه لمقيم البينه ، وان كان قد استهلكها نظر فى الدافع لها فان كان قد دفعها بحكم حاكم فلصاحب البينه الخيار فى الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفه ، وان كان قد دفعها بغير حكم حاكم فلصاحب البينه الخيار فى الرجوع

بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الواصف ، فان رجع بها على الاخذ لها بالصفه فله ذلك لضمانه لها باليد ، واستحقاق غرمها بالاتلاف ، وقد برىء الدافع لها من الضمان لوصول الغرم إلى مستحقه ، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع ، لأنه إن كان مستحقا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد ، وان كان مظلوما به فالمظلوم بالشيء لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه .

وان رجع مقيم البينه بغرمها على الدافع الملتقط نظر فى الدافع ، فان كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينه عليها فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفه ، لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وان لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفه لضمانه لها بالاستهلاك وتكون البينه موجبة عليه وله ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وجد ضالة لم يخل اما أن تكون فى برية أو بلد ، فان كانت فى بريه نظرت ، فان كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير ، أو يبعد أثره لسرعته كالظباء والأرانب ، أو بجناحه كالحمام والدراج ، لم يجز التقاطه للتملك ، لما روى زيد بن خالد الجهنى قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الإبل فغضب واحمرت عيناه . وقال مالك ولها معها الحذاء والسقاء ، تأكل من الشجر وترد الماء حتى يأتى ربها ، وسئل عن ضالة الغنم فقال : خذها هى لك أو لأخيك أو للذئب » وهل يجوز أخذها للحفظ ؟ ينظر فيه ، فان كان الواجد هو السلطان جاز ، لان للسلطان ولايه فى حفظ أموال المسلمين ، ولهذا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال ، فان كان له حمى تركها فى الحمى وأشهد عليها وبسمها بسمة الضوال لتتميز عن غيرها من الاموال ، وان لم يكن له حمى ، فان كان يطمع فى مجىء صاحبها ، بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم ، حفظها اليومين والثلاثه ، وان لم يعرف أو عرف

ولم يجىء صاحبها باعها وحفظ ثمنها ، لأنه اذا تركها احتاجت الى نفقة ، وفى ذلك إضرار .

وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان (والثانى) لايجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان ، فإن أخذها للتملك أو للحفظ ـ وقلنا : إنه لا يجوز ـ ضمنها لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب ، وان دفعها إلى السلطان ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد .

(والثانى) يبرأ ، وهو المذهب ، لأن للسلطان ولاية على الغائب فى حفظ ما يخاف عليه من ماله ، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالكها ، فإذا أخذها غيره وسلمها اليه برىء من الضمان ، وإن كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الإبل والبقر أخذها ، لحديث زيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه قال فى ضالة الغنم «خذها هى لك أو لأخيك أو للذئب» ولأنه إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب ، فكان أخذها أحوط لصاحبها ، وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالإنفاق عليها ويعرفها حولا ثم يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن ، وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها ، لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة ، وفى ذلك إضرار بصاحبها ، والامساك أولى من البيع والأكل لأنه يحفظ العين على صاحبها ويجرى فيها على سنة الالتقاط فى التعريف والتملك ، والبيع أولى من الأكل ، لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول ، وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول ، فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة ، فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه ، لانه موضع ضرورة ، وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان .

أحدهما : لا يبيع إلا بإذنه ، لان الحاكم له ولاية ، ولا ولاية للملتقط .

والثانى : يبيع من غير اذنه لانه قد قام مقام المالك فقام مقامه فى البيع ، وان أكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه ، لان كل حالة جاز أن يستبيح أكل اللقطة لم يلزمه عزل

البدل كما بعد الحول ، ولانه اذا لم يعزل كان البدل قرضاً فى ذمته ، واذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الامانة .

(والثانى) يلزمه عزل البدل لانه أشبه بأحكام اللقطة ، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول ، وقرضا بعد الحول ، فيصير البدل كاللقطة ان شاء حفظها له وان شاء عرفها ثم تملك .

وان أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء ، وان وجد ذلك فى بلد . فقد روى المزنى أن الصغار والكبار فى البلد لقطة ، فمن أصحابنا من قال : المذهب ما رواه المزنى ، لان النبى صلى الله عليه وسلم انما فرق بين الصغار والكبار فى البرية ، لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها ، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك ، وأما فى البلد فالكبار كالصغار فى الخوف عليها ، فكان الجميع لقطة . ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر أن البلد كالبرية ، فالصغار فيه لقطة ، والكبار ليست بلقطة لعموم الخبر ، فإن قلنا : ان البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه الا فى الأكل ؛ فله أن يأكل الصغار فى البرية ، وليس له أكلها فى البلد ، لأن فى البرية اذا لم يأكل الصغار هلكت ، لانه لا يمكن بيعها ، وفى البلد يمكن بيعها ، فلم يجز الاكل ، وان قلنا : ان الجميع فى البلد لقطه فالحكم فى الكبار كالحكم فى الصغار فى البريه الا فى الاكل ، فإنه لا يأكل فى البلد ويأكل الصغار فى البريه لما ذكرناه .

﴿ فصل ﴾ وان وجد عبداً صغيراً لا تمييز له جاز له أن يلتقطه ، لانه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه ، وان وجد جاريه صغيرة لا تمييز لها ، فان كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يلتقطها للتملك ، كما يجوز أن يقترضها ، وان كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها .

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهنى متفق عليه ، وقد مضى الكلام عليه فى الفصل قبله .

أما الأحكام : فان ضوال الحيوان اذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين ، اما أن توجد فى صحراء أو فى مصر ؛ فان وجدت فى صحراء فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون مما يصل بنفسه الى الماء والرعى، ويدفع عن نفسه صغار السباع، اما لقوة جسمه كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير. واما لبعد أثره كالغزال والأرنب والطير، فهذه الأنواع كلها لا يجوز لواجدها أن يتعرض لأخذها اذا لم يعرف مالكها لقوله صلى الله عليه وسلم فى ضوال الإبل: مالك ولها معها حذاؤها، أى خفها الذى يقيها العثرات وتعتمد عليه فى السعى الى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام اليها، ومعها سقاؤها، اشارة الى طول عنقها، فتمد عنقها الى الماء فلا تحتاج الى من يقدمه لها. ولذا قال: ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتى ربها ولانها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ فى أخذها فإن أخذها لم يخل من أحد أمرين، اما أن يأخذها لقطة ليتملكها ان لم يأت صاحبها، فهذا متعد وعليه ضمانها، فان أرسلها لم يسقط الضمان.

وقال أبو حنيفة ومالك: قد سقط الضمان عنه بالارسال بناء على أن من تعدى فى وديعة ثم كف عن التعدى فعندهما يسقط عنه الضمان. وعند الشافعى وأصحابه لا يسقط، فان لم يرسلها ودفعها الى مالكها فقد سقط عنه ضمانها بأدائها الى مستحقها، وان دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك ففى سقوط الضمان وجهان: (أحدهما) قد سقط لأن الحاكم نائب عمن غاب (والثانى) لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه.

والأمر الثانى: أن لا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظا لها على مالكها، فان كان عارفاً بمالكها لم يضمن ويده يد أمانة حتى تصل الى المالك. وان كان غير عارف للمالك ففى وجوب الضمان وجهان

(أحدهما) لاضمان لأنه من التعاون على البر والتقوى

(والوجه الثانى) عليه الضمان لأنه لا ولاية له على غائب، فان كان والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه؛ فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين. فهذا حكم أحد الضربين

والضرب الثانى: مالا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول الى الماء والرعى كالغنم والدجاج، فلو أخذه وأكله فى الحال من غير تعريف، غنيا كان أو فقيراً

فعليه غرمه لمالكه إذا وجده ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وداود : هو غير مضمون عليه ويأكله أكل إباحة ولا غرم عليه فى استهلاكه استدلالا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « هى لك أو لأخيك أو للذئب » ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن ، وإنما أراد بيان حكم الآخذ فى سقوط الضمان ، ولأن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدراهم

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها ، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياساً على اللقطة فى الأموال ، ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « هى لك أو لأخيك أو للذئب » فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم . وأما الركاز فإنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه ، وليس كذلك الشاة ، لأن ردها واجب فصار غرمها واجباً .

فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه فكذلك صغار الإبل والبقر ، لأنها لا تمتنع عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال واجد الشاة وما فى معناها من أربعة أحوال

(أحدها) أن يأكلها فيلزمه غرم قيمتها قبل الذبح عند الاخذ فى استهلاكها ويكون ذلك مباحا لا يأثم به وان غرم

(والحال الثانية) أن يتملكها ليستبقيها حية لدر أو نسل فذلك له ، لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها فأولى أن يستبيح تملكها مع استبقائها ثم فى صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجا . وفى الاختلاف قولين فى ضمان الصداق ، أحدهما أنه ضامن لقيمها أكثر ما كانت من حين وقت التملك الى وقت التلف ، فإن جاء صاحبها وهى باقية وقد أخذ الواجد درها ونسلها كان الدر والنسل للواجد لحدوثه على ملكه ، ولمالك أن يرجع بها دون قيمتها . فإن بذل له الواجد قيمتها لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز ، فلو كانت

الشاة حين رجع بها المالك زائدة فى بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق فى الزيادة وكانت المالك تبعاً للأصل ، ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد لأنها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالنقص .

والحال الثالثة : أن يستبقيها فى يديه أمانة لصاحبها فذلك له ، لأنه لما جاز أن يتملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها . ولا يلزمه تعريفها ، لأن ماجاز تملكه سقط تعريفه ، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها ، بل إذا وجد صاحبها سلمها اليه ، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت لأن يده يد أمانة كالمعرف .

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر أنه يضمنها لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان . وهكذا القول فيما حدث من درها ونسلها على المذهب لا يضمنه . وعلى هذا الوجه يضمنه ، فان أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها ، فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها ، وإن كان مع عدم الحمى ؛ فان كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق ، وإن كان عن غير إذنه ، فان كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها وان لم يقدر على استئذانه ، فان لم يشهد لم يرجع . وان أشهد ففى رجوعه بها وجهان (أحدهما) يرجع للضرورة (والثانى) لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه فلو أراد بعد امساكها أمانة ، أن يتملكها ففى جوازه وجهان (أحدهما) له ذلك كالابتداء (والثانى) ليس له ذلك لاستقرار حكمها

فأما ان أراد أن يتملك درها ونسلها من غير أن يتملك أصلها لم يكن له ذلك وجهاً واحداً ؛ لأنه فرع يتبع أصله ، فلو أرسلها بعد امساكها أمانة لزمه الضمان الا أن يرفعها الى حاكم فلا يضمن .

ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها لم يسقط عنه ضمانها . وفى ارتفاع ملكه عنها وجهان

(أحدهما) لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول الا بقبول المتملك ، فعلى هذا يكون مالكا لما حدث من درها ونسلها لبقائها على ملكه .

والوجه الثانى: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لمالكها، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملك لربها تبعا لأصلها وعليه ضمانه كالأصل .

والحال الرابعة: أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضامنا بقيمتها دون ثمنها . وفى هذه الحال تفصيل مضى للمصنف فى فصل مضى .

قال المزنى فيما وصفه بخطه : إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت فى المصر أو فى قرية فهى لقطة يعرفها سنة .

قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم اذا وجدها فى الصحراء ، فأما اذا وجدها فى البلد أو المصر فالذى حكاه المزنى فيما وجده بخط الشافعى أنها لقطة له أخذها وعليه تعريفها حولا

وحكى عن الشافعى فى الأم أنها فى المصر والصحراء سواء ، يأكل الغنم ولا ولا يعرض للإبل، فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحدهما) أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للإبل ، وهى المحكى فى الأم لعموم قوله (ص) « ضالة المؤمن حرق النار » أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبرانى والطحاوى من حديث عبد الله بن الشخير

والقول الثانى : أنها لقطة يأخذها الغنم والإبل جميعاً ، ويعرفها كسائر اللقطة حولا كاملا ، وهو الذى حكاه المزنى عنه فيما لم يسمع منه ؛ لأن قوله صلى الله عليه وسلم فى ضوال الإبل : معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر يختص بالبادية التى يكون فيها الماء والشجر دون المصر ، وهى تمنع صغار السباع عن أنفسها فى البادية ، ولا يقدر على منع الناس فى المصر ، والشاة تؤكل فى البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها فى المصر ، فاختلف معناهما فى البادية والمصر فاختلف حكمهما .

ومن أصحابنا من يحمل جواز أخذها على تسليمها الى الامام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك . هذا وبقية ما جاء فى الفصل على وجهه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) وإن وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبل الحول فإن عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به : لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف فى المال والتصرف فى المال يقف على التعريف فى الحول ، فكذلك الانتفاع بالكلب .

(فصل) وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البدل ، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه فى الغنم فى بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله ، وخرج المزنى فيـه قولا آخر أنه يلزمه البيع ، ولا يجوز الأكل ، والمذهب الأول ، لأنه معرض للهلاك فخـير فيه بين البيع والأكل كالغنم ، وان وجد ما لا يبقى ولـكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب — فان كان الأنفع لصاحبه أن يباع — بيع ، وإن كان الأنفع أن يجفف جفف ، وإن احتاج إلى مؤنة فى تجفيفه ولم يوجـــد من يتطوع بيع بعضه وأنفق عليه .

(فصـل) وإن وجد خمراً أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها ، لأن اراقتها مستحقة فلم يجز التعريف ؛ فإن صارت عنده خلا ففيه وجهان . أحـدهما : أنها لمن أراقها لأنها عادت الى الملك السابق ، والملك السـابق للذى أراق ، فعاد اليه كما لو غصبه من رجل فصار فى يده خلا . والثانى : أنه للملتقط لان الاول أسقط حقه منها فصـــارت فى يد الثانى ، ويخالف المغصوبة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها اليه .

(فصل) فأما العبد اذا وجد لقطة ففيه قولان (أحـدهما) له أن يلتقط لانه كسب بفعل فجاز للعبد كالاصطياد (والثانى) لا يجوز لان الالتقاط يقتضى ولاية قبل الحول وضمانا بعد الحول والعبد ليس من أهـل الولاية ولا له ذمة يستوفى منها الحق الى أن يعتق ويوسر ، فان قلنـا : انه يجوز أن يلتقط فالتقط فهلك فى يده من غير تفريط لم يضمن ، وان هلك بتفريط ضمنها فى رقبته فتباع فيها ؛ وان عرفها صح تعريفه ولا يملك به لأنه فى أحد القولين لا يملك المـال ،

وفى الثانى : يملك اذا ملكه السيد ، وههنا لم يملكه السيد ، فان قلنا : ان الملتقط يملك بالتعريف من غـــير اختيار التملك دخل فى ملك السيد كما يدخل فى ملكه ما التقطه وعرفه ، وان قلنا : لا يملك الا باختيار التملك وقف على اختياره ، فان تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان .

(أحدهما) يضمنها فى ذمته ويتبع بها اذا عتق كما لو اقترض شيئا .

(والثانى) يضمنها فى رقبته لأنه مال لزمه بغـير رضا من له الحق ، فتعلق برقبته كأرش الجناية .

وان علم السيد نظرت فان لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولا ثم تملك وان عرفها العبد تملكها السيد فى الحال لأن تعريف العبد كتعريفه فان عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقى ثم تملك ، وان أقرها فى يد العبد نظرت ، فان كان العبد أمينا لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه الى عبده ، وان كان خائنا ضمنها كما لو التقطها بنفسه وسلمها اليه وهو خائن .

وان قلنا : أنه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها فى رقبته لانه أخذ مال غيره بغـير حق فأشبه اذا غصبه ، وان عرفها لم يصح تعريفه لانها ليست فى يده بحكم اللقطة ، فان علم السيد نظرت ، فان أخذها صارت فى يده أمانة لانه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها ويبرأ العبد من الضمان لانه دفعها الى من يجوز الدفع اليه فبرىء من الضمان كما لو دفعها الى الحاكم .

وان أراد أن يتملك ابتدأ التعريف ثم تملك ، فان أقرها فى يد العبد ليعرفها فان كان أمينا لم يضمن كالو استعان به فى تعريف ماالتقطه بنفسه وان لم يأخذها ولا أقرهـا فى يده ولكنه أهملها ، فقد روى المزنى أنه يضمنها فى رقبة العبد . وروى الربيع أنه يضمنها فى ذمته ورقبة العبد ، فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما رواه المزنى أنه يختص برقبته لأن الذى أخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان .

وقال أبو اسحاق : الصحيح ما رواه الربيع وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك فاشتركا فى الضمان ، فعلى هذا ان

تلف العبد لم يسقط الضمان وان التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى أعتقه ، فعلى القولين ، إن قلنا : أنه يجوز للعبد أن يلتقط. كان للسيد أن يأخذها منه لأنه كسب له حصل له فى حال الرق فكان للسيد كسائر أكسابه ، وان قلنا : لا يجوز له أن يلتقط. لم يكن للسيد أن يأخذها منه لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط ، فعلى هذا يكون العبد أحق بها لانها فى يده وهو من أهل الالتقاط [1] ، ويحتمل أن لا يكون أحق بها لان يده يد ضمان فلا تصير يد أمانة .

﴿ فصل ﴾ وإن وجد المكاتب لقطة فالمنصوص أنه كالحر ، واختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : انه كالحر قولا واحداً لانه يملك التصرف فى المال وله ذمة يستوفى منها الحق فهو كالحر ، ومنهم من قال : هو كالعبد لأنه ناقص بالرق كالعبد فيكون فى التقاطه قولان ، فان قلنا : أنه كالحر أو قلنا أنه كالعبد وجوّزنا التقاطه صح تعريفه فاذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك ، وإذا قلنا أنه كالعبد ولم نجوّز التقاطه صار ضامنا لأنه تعدى بالأخذ ويجب أن يسلمها إلى السلطان لأنه لا يمكن اقرارها فى يده لانها فى يده بغير حق ولا يمكن تسليمها الى السيد لانه لا حق له فى أكسابه فوجب تسليمها إلى السلطان فان أخذها السلطان برىء المكاتب من الضمان فتكون فى يد السلطان أبداً إلى أن يجد صاحبها .

﴿ فصل ﴾ وان وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص أنه كالحر فمن أصحابنا من قال : هو كالحر قولا واحداً لأنه تملك ملكا تاما وله ذمة صحيحة فهو كالحر ، ومنهم من قال هو كالعبد القن لمافيه من نقص الرق فيكون على قولين فإذا قلنا : انه كالحر نظرت ، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شريكين فيها كسائر أكسابه ، وان كان بينهما مهايأة . فإن قلنا : ان الكسب النادر لا يدخل فى المهايأة كانت اللقطة بينهما لأنه بمنزلة مالم يكن بينهما مهايأة ، وان قلنا : ان الكسب النادر يدخل فى المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها فى يومه .

﴿ فصل ﴾ وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنون أو صغر لقطة صح التقاطه

---

(١) هكذا بالاصل ولينظر فيه فانه جعله من غير أهل الالتقاط اهـ مصححه

لأنه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد وعلى الناظر فى أمره أن ينتزعها منه ويعرفها لان اللقطة فى مدة التعريف أمانة والمحجور عليه ليس من أهل الامانة فان كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له ، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض فى ضمان البدل .

(فصل) وان وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن لا يؤدى الامانة فيها فان التقطها ففيه قولان .

(أحدهما) لا تقر فى يده وهو الصحيح لان الملتقط قبل الحول كالولى فى حق الصغير . والفاسق ليس من أهل الولاية فى المال

(والثانى) تقر فى يده لانه كسب بفعل فاقر فى يده كالصيد ، فعلى هذا يضم اليه من يشرف عليه وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف فيه قولان (أحدهما) يجوز لان التعريف لا يفتقر إلى الامانة (والثانى) لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لانه لا يؤمن أن يفرط فى التعريف فإذا عرفه ملكه لانه من أهل التملك .

(فصل) وان التقط كافر لقطة فى دار الإسلام ففيه وجهان (أحدهما) يملك بالتعريف لانه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالاصيد (والثانى) لا يملك لان تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية . والكافر لا ولاية له على المسلم

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : فإن كانت اللقطة طعاما رطباً لا يبقى فله أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه . وقال فيما وضع خطه لا أعلمه سمع منه إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه . قال المزنى : هذا أولى القولين به اه .

قلت : أما الطعام الرطب فضربان : أحدهما أن يكون مما ييبس فيبقى كالرطب الذى يصير تمراً ، والعنب الذى يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام فى وجوب تعريفه واستبقائه ، فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه ، ويفعل الحاكم أحفظ الامرين للمالك من بيعه أو الانفاق عليه .

(والضرب الثانى) أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذى يفسد بالامساك كالهريسة والفواكه والبقول التى لا تبقى على الأيام ، فقد حكى المزنى عن الشافعى ههنا أنه

قال فى موضع : يأكله الواجد ؛ وقال فى موضع آخر : أحببت أن يبيعه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجون على قولين .

(أحدهما) لواجده أكله كالشاة التى لما تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها

(والقول الثانى) ليس لواجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيح له أكلها ، والطعام وان كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح واجده أكله . وحكى أبو على بن أبى هريرة أن ذلك على اختلاف حالين ان كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لواجده أكله ، وان كان معدوما جاز أكله .

وكان أبو القاسم الصيمرى يقول : اختلاف حاليه فى إباحة أكله معتبر بحال واجده ، فإن كان فقيراً محتاجا استباح أكله ، وان كان غنيا لم يستبحه ، فإن قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولا ، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا ؟ على قولين .

(أحدهما) يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملك اللقطة .

(والقول الثانى) لا يجب عليه عزلها لأنه لو عزلها فهلكت كانت من ماله ، فكانت ذمته أحظ لها ، ولم يكن عزلها مفيداً ، ومن قال بالاول جعل فائدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء ، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار فى ضمانه للثمن ان تلف بعد وجوب عزله وجهين . أحدهما ـ وهو قول ابن أبى هريرة أنه يكون مضموناً عليه . والثانى وهو الأشبه : أنه لا ضمان عليه لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الاصل مع بقائه .

واذا قلنا : لا يجوز له أكله فعليه أن يأتى الحاكم حتى يأذن له فى بيعه ، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة اذا وجدها وأراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلا من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه ، فان أعوزه اذن الحاكم جاز بيعه فلو باعه باذن الحاكم كان الثمن فى يده أمانة ، وعليه تعريف الطعام حولا ،

فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة ، ولو لم يأت صاحبه فللواجد أن يتملك الثمن . ولو هلك الثمن فى يده قبل الحول أو بعده وقبل التملك له كان تالفا من مال ربه ولا ضمان على الملتقط ، وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم .

فأما إن باعه مع وجود الحاكم فبيعه باطل وللمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد ، فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول عليه غرمه لتعديه بقبضه مع فساد بيعه ، فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبلغ حقه ، وإن كان أقل فله المطالبة بتمام القيمة ويرجع على المشترى لأن المشترى اشترى شراء فاسداً فكان ضامناً للقيمة دون المسمى الا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة ويكون الباقى منه مردوداً على المشترى ، اذ ليس يلزمه الا القيمة . وما ساقه المصنف من مسائل فعلى وجهه ، هذا وما ذكر فى الفصل من كلب الصيد اذا التقط فقد وفاه فى المجموع فى الصيد فاشدد به يديك

(فرع) مذهبنا لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعريف والتملك بعد الحول لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمى .

وقال بعض أصحابنا : لا حق للذمى فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم ، ولا ممن يملك مرافق دار الاسلام كإحياء الموات . ولأحمد وأصحابه أنه كالصبى والمجنون فانه يصح التقاطهما مع عدم الامانة ، فاذا التقطها الذمى وعرفها حولا ملكها كالمسلم ، وان علم بها الحاكم أو السلطان أقرها فى يده وضم اليه مشرفاً عدلا (حارسا) يشرف عليه ويعرفها قالوا لأننا لانأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل فى التعريف بشىء من الواجب عليه فيه . ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمى وتوضع على يد عدل ، لأنه غير مأمون عليها ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب اللقيط

التقاط المنبوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأنه تخليص آدمى له حرمة من الهلاك فكان فرضا كبذل الطعام للمضطر .

(فصل) وإن وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته ، لما روى سنين أبو جميلة قال « أخذت منبوذا على عهد عمر رضى الله عنه فذكره عريفى لعمر رضى الله عنه فأرسل إلىّ فدعانى والعريف عنده ، فلما رآنى قال : عسى الغوير أبؤسا ، فقال عريفى إنه لا يتهم ، فقال عمر : ما حملك على ما صنعت ؟ قلت : وجدت نفسا بمضيعة فأحببت أن يأجرنى الله فيه ، فقال هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه . ولأن الأصل فى الناس الحرية ، فان كان عليه ثياب أو حلى أو تحته فراش أو فى يده دراهم أو عنان فرس ، أو كان فى دار ليس فيها غيره فهى له ، لأنه حر ، فكان ما فى يده له كالبالغ .

وإن كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لأنه لا يد له عليه . وإن كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان

(أحدهما) ليس له لأنه لا يد له عليه (والثانى) له لأن الإنسان قد يترك ماله بقربه فاذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له ، وان كان تحته مال مدفون لم يكن له لأن البالغ لو جلس على الارض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك اللقيط .

(فصل) وإن وجد فى بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم ، لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها ، وان كان فى بلد الكفار ولا مسلم فيه ، فهو كافر ، لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين . وان كان فيه مسلم ففيه وجهان . (أحدهما) أنه كافر تغليبا لحكم الدار (والثانى) أنه مسلم تغليبا لإسلام المسلم الذى فيه . وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر أقر فى يده ؛ لما ذكرناه من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه لا بد من أن يكون فى يد من يكفله ؛ فكان الملتقط أحق به لحق السبق

(الشرح) أثر عمر وسنين أبي جميلة رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا . وقال الأمير ابن ماكولا في كتاب الإكمال : سنين بنونين بينهما ياء حج مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وروى عنه الزهري .

قال أبو موسى : سنين بن فرقد .

أما غريب الخبر فقوله (قد كره عريفي) العريف رجل يكون رئيساً على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو ، وهو فعيل بمعنى فاعل وقوله «عسى الغوير أبؤساً» الغوير ماء لبني كلب وهذا مثل ، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر حين رأت الابل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت عسى أن يأتي ذلك الطريق بشر ، والأبؤس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس .

وقال الأصمعي : أصله أنه كان غار فيه ناس فانهار عليهم أو أتاهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلا لكل شيء يخاف أن يأتي منه شر . وقوله بمضيعه على وزن معيشة أي مهلكة من ضاع الشيء أي هلك ، وقد أتى على هذا الوزن في قول قيس بن ذريح :

بدار مضيعة تركتك لبنى ... كذلك الحين يهدى للمضاع

هكذا أفاده ابن بطال في شرح غريب المهذب .

واللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط ، وهو يطلق على الطفل المنبوذ والتقاطه واجب لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ولأن فيه إحياء نفس فكان واجباً كإطعام المضطر وإنجائه من الغرق ، وكذلك قوله تعالى « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً » على أن تسميته منبوذاً بعد أخذه والتقاطه أو تسميته لقيطا قبل أخذه فهذا وإن كان مجازاً لكنه صار حقيقة شرعية فهو بعد أخذه يبقى مجازاً بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه .

وحكمه شرعا فرض كفاية إذا علم به جماعة وأداه بعضهم سقط عن الباقين ،

فإن ترك الجماعة أثموا جميعا إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه . على أن اللقيط حر فى قول عامة أهل العلم إلا النخعى .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روى هذا عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبى والحكم وحماد ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل وأصحاب الرأى ومن تبعهم ،

وقال النخعى : إن التقطه للحسبة فهو حر ، وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح فى النظر ، فإن الأصل فى الادميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً ؛ وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل .

واللقيط إما أن يوجد فى دار الاسلام أو فى دار الكفر : فالاولى ضربان ، دار اختطها المسلمون وأحدثوا مبانيها ابتداء أو أعادوا بناءها بعد أن كانت لغيرهم لغلبة الاسلام عليها واصطباغها بصبغة الاسلام فلا يوجد فيها من غير المسلمين إلا قليل فلقيط هذه البلاد يحكم باسلامه ، وإن كان فيها أهل ذمة تغليبا للإسلام ولظاهر الدار ، ولان الاسلام يعلو ولا يعلى ، فمثل التى أنشاها المسلمون الكوفة والبصرة وبغداد والقاهرة والفسطاط وتونس والرباط ، ومثل التى أعادها المسلمون الاسكندريه ودمشق ودمنهور والقدس صانها الله وطهرها من رجس أعدائه اليهود ، وقد مضى عام بتمامه منذ غزاها اليهود إلى ساعة كتابة هذا الفصل وحسبنا الله ونعم الوكيل .

(الضرب الثانى) بلاد فتحها المسلمون وبقى أهلها على دينهم فاذا وجد فيها مسلم واحد كان لقيطها مسلما تغليبا لحكم الاسلام ووجود مسلم فيها .

وأما بلد الكفار فضربان أيضا ، بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كبلاد فلسطين فهذا كالضرب الذى قبله إن كان فيه مسلم حكم باسلام لقيطه : الثانى بلد لم يفتحه المسلمون من قبل أو فتحوه وغلب الكفار عليه واستأصلوا منه شأفة المسلمين كبلاد الاندلس (لهفى على قرطبه ومرسيه وقشتالة وغرناطه ومجريط « مدريد » وميورقه كلهفى على ربوع المسجد الأقصى وما حوله من المباركات)

فى لقيطها مع وجود مسلم فيها وجهان (أحدهما) أن يحكم بكفره تغليبا للدار والوجه الثانى أنه مسلم تغليبا للإسلام بوجود مسلم فيه ، وهـــذا التفصيل كله مذهب أحمد بن حنبل أيضا .

والضرب الثانى : دار لم تكن للمسلمين أصلا كأكثر بلاد أوربا وأمريكا ، فهذه البلاد إن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر

قال ابن المنذر : أجمع عوام اهل العلم على أن الطفل إذا وجد فى بلاد المسلمين ميتا فى أى مكان وجد وجب غسله وكفنه ودفنه فى مقابر المسلمين ، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين فى مقابر المسلمين . قال : اذا وجد لقيط فى قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر . هذا قول الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى .

قالوا وفى الموضع الذى حكمنا بإسلامه انما يثبت ذلك ظاهراً لا يقينا ، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بينة أنه ولد على فراشه حكمنا له به . واذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم ، سواء ممن حكم بإسلامه أو كفره ، وان وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه فهل هو مرتد لا يقر على كفره ؟ نص الشافعى فى الأم أنه يقر على كفره ولا يكون مرتداً . وقال أبو حنيفة هو مرتد لايقر على كفره ، وعند الحنابلة وجهان كقولى أبى حنيفة والشافعى .

دليلنا أنه وصف الكفر بقوله ، وقوله أقوى من ظاهر الدار . اللهم الا أن يقال : الاحتياط للاســلام يلغى قوله المانع له لاحتمال أن يكون كذبا . هكذا أفاده الرملى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان كان له مال كانت نفقته فى ماله كالبالغ ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير اذن الحاكم ، فان أنفق عليه من غير اذنه ضمنه لأنه لا ولاية له عليه الا فى الكفالة فلم يملك الانفاق بنفسه كالام ؛ وان فوض اليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه فقد قال فى كتاب اللقيط يجوز .

وقال فى كتاب اللقطة : اذا أنفق الواحد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى يدفع الى الحاكم ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليه ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى ، وجعلهما على قولين (أحدهما) لا يجوز لانه لا يلى بنفسه فلم يجز أن يكون وكيلا لغيره فى القبض له من نفسه ، كما لو كان عليه دين ففوض اليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه (والثانى) يجوز لأنه جعل أمينا على الطفل فجاز أن ينفق عليه مما له فى يده كالوصى . ومنهم من قال : يجوز فى اللقيط ولا يجوز فى الضالة ، لأن اللقيط لا ولى له فى الظاهر ، فجاز أن يجعل الواحد وليا له والضالة لها مالك هو ولى عليها فلا يجوز أن يجعل الواحد وليا عليها . وان لم يكن حاكم فأنفق من غير اشهاد ضمن ، وان أشهد ففيه قولان (أحدهما) يضمن لأنه لا ولاية له فضمن ، كما لو كان الحاكم موجوداً (والثانى) لا يضمن لأنه موضع ضرورة ، وان لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لأنه آدمى له حرمة يخشى هلاكه ، فوجب على السلطان القيام بحفظه ، كالفقير الذى لا كسب له .

ومن أين تجب النفقة ؟ فيه قولان (أحدهما) من بيت المال ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه استشار الصحابة فى نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال ، ولأن من لزم حفظه بالإنفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال ، كالفقير الذى لا كسب . فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق عليه ؛ والقول الثانى لا يجب من بيت المال ، لأن مال بيت المال لا يصرف الا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه ؛ أو حراً له مال أو فقيرا له من تلزمه نفقته ، فلم يلزم من بيت المال . فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال أو من رجل من المسلمين ، فان لم يكن فى بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الإمام من له مكنة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته ، فان بان أنه عبد رجع على مولاه . وان بان أن له أباً موسراً رجع عليه بما اقترض له ، فان لم يكن له أحد وله كسب رجع فى كسبه . وان لم يكن له كسب قضى من سهم من يرى من المساكين أو الغارمين .

(فصل) وأما اذا التقطه عبد فان كان باذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز

لان الملتقط هو السيد ، والعبد نائب عنه وان كان بغير اذنه لم يقر فى يده لأنه لا يقدر على حضانته مع خدمة السيد ، وان علم به السيد وأقره فى يده كان ذلك التقاطا من السيد ، والعبد نائب عنه

(الشرح) إذا وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه ، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمدوأصحاب الرأى . وذلك الطفل يملك وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشترى له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ

فإذا ثبت هذا : فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له فى الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدوداً فى ملبوسه أو فى يديه أو محمولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التى تحته والتى عليه ، وإن كان مشدوداً على دابة ؛ أو كانت مشدودة فى ثيابه أو كان فى خيمة أو فى دار فهى له . وأما المنفصل عنه فإن كان بعيداً منه فليس فى يده ، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان .

أحدهما : ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد .

والثانى : هو له ، وهو أصح لأن الظاهر أنه ترك له فهو بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون فى يده ، ألا ترى أن البائع الجائل يقعد فى السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه فى يده ؟ والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه فأما المدفون تحته فقد قال بعض الفقهاء : إن كان الحفر طريا فهو له ، وإلا فلا ، لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ، لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا ، فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه فى ثيابه ليعلم به ، ولم يتركه فى مكان لا يطلع عليه ، ، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لأنه ذو مال فأشبه غيره من الناس .

فإذا ثبت هذا : فإن للملتقط الإنفاق عليه بإذن الحاكم . وقال أصحاب أحمد : ينفق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة .

قال ابن قدامة : لأنه ولى له فلم يعتبر فى الانفاق عليه فى حقه إذن الحاكم كوصى اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث عن أحمد رضى الله عنه فى رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم ؟ فلم يجعل له الانفاق عليهم من غير إذن الحاكم ؛ فقال بعض أصحاب أحمد : هذا مثله . وقال بعضهم وهو الصحيح عندهم: إن هذا مخالف بناء على أن الملتقط له ولاية على اللقيط عندهم فيكون له ولاية أخذه وحفظه .

ولنا أن اللقيط ينبغى أن يتولى الحاكم أمره فقد يعين له من هو أوفر خبرة وأكثر صيانة والحاكم مجتهد له ببصره النافذ ورأيه الصائب وهو ولى من لا ولى له فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله الذى وجده ضمنه لأنه لا حق له فى الانفاق إلا بإذن الحاكم فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى رواية الربيع بن سليمان فى المنبوذ هو حر ولا ولاء له ، وانما يرثه المسلمون بأنهم خولوا كل مال لا مالك له ، ألا ترى أنهم يأخذون مال النصرانى ولا وارث له ؟ ولو كانوا أعتقوه لم يأخذوا ماله بالولاء ، ولكنهم خولوا مالا مالك له من الاموال اهـ .

وقال فى اللقطة ما يفيد عدم جواز الانفاق على الضاله بقصد الرجوع به على ربها الا باذن الحاكم ، ثم يدفع الحاكم اليه ماينفق عليه ، فى النص الاول جعل المسلمين جميعاً حق الولاية والارث على اللقيط وماله ، وفى النص الثانى جعل ذلك باذن الحاكم ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل مسألة الى الاخرى لجعل فى اللقطة قولين وفى اللقيط قولين ، فالقول بجواز اللقطه يمنعه فى اللقيط ، والقول بجوازه فى اللقيط يمنعه فى اللقطه .

فاذا لم يجد الحاكم فاشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أربع نسوة ، ففى ضمانه قولان .

أما اذا لم يكن له مال لم يلزم الملتقط الانفاق عليه فى قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد ، وذلك لان أسباب وجوب النفقه من

القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ؛ وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك نفقة كما لو فعله بغير اللقيط . فاذا عرف هذا وكان نسمة يجب تعهدها بالتربية والإنفاق انصرف هذا الواجب إلى بيت مال المسلمين ، لقول عمر رضي الله عنه : هو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته ، وذلك لأنه كالفقير الذى لا كسب فان نفقته واجبة له فى بيت مال المسلمين ، وذلك لأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاته .

فان تعذر الانفاق عليه لعدم وجود مال فى بيت المال أو كان اللقيط فى مكان لا تقوم فيه حكومة تنفذ شريعة الله وترعى العجزة والفقراء واللقطاء فعلى من علم حاله أن يتولى الانفاق عليه .

ويحتمل أن يقال : إنه لا يجب الانفاق عليه من بيت المال ولو كان موجوداً وفيه مال ، لأن بيت المال إنما ينفق منه فى الوجوه التى توفر على الانفاق عليها ، وقد تكون أهم من هذا ، واللقيط يحتمل أن يكون غنيا ، ويحتمل أن يكون له أب موسر ، ويحتمل أن له سيد تجب عليه نفقته .

فاذا قلنا : إنه لا يجب الانفاق عليه من بيت المال وجب على الامام أن ينظم جماعة يكون هو أحد أفرادها تتولى الانفاق عليه على سبيل الاقراض ، حتى إذا ظهر له مال أو ولى شرعى موسر ، أو استطاع الكسب أمكن رد ما أنفق عليه ، فان لم يكن يستطع الكسب ولم يكن له ولى موسر قضى من سهم المساكين أو الغارمين ، ويجرى هذا كله على اللقيط ولو حكم بكفره . قال فى النهاية : خلافا لما فى الكفاية تبعاً للماوردى .

فاذا امتنع أهل القرية أو البلدة عن أن ينفقوا على اللقيط وجب على الامام قتالهم ، ويفرق هنا بين كونها قرضاً وفى بيت المال مجانا ، بأن وضع بيت المال الانفاق على المحتاجين فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، وإذا لزمهم وزعها الامام على مياسير بلده ، فان شق ذلك فعلى من يراه الامام منهم ، فان استووا فى نظره تخير ، وهذا إن لم يبلغ اللقيط ، فان بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما قررنا ، فان ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وقد ضعف هذا النووى فى الروضة وخالفه الشمس الرملى فى النهاية .

وجملة هذا أن من أنفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره، وإن تبرع بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي

وان أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقد قال الشافعي ومالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشعبي وابن المنذر: هو متبرع. وقال أحمد بن حنبل: تؤدى النفقة من بيت المال، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا أشهد عليه. وقال عمر بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتسابا، فإن حلف استسعى

والأصل عند القائلين بالرجوع أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه. هذا وما بقي من كلام المصنف فعلى وجهه والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وان التقطه كافر نظرت، فإن كان اللقيط محكوما بإسلامه لم يقر في يده، لأن الكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه؛ وان كان محكوما بكفره أقر في يده لأنه على دينه، وان التقطه فاسق لم يقر في يده، لأنه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يسيء في تربيته، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية

(فصل) وان التقطه ظاعن يريد أن يسافر به نظرت، فان لم تختبر أمانته في الباطن لم يقر في يده، لأنه لا يؤمن أن يسترقه اذا غاب، وان اختبرت أمانته في الباطن، فان كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به الى البدو منع منه؛ لأنه ينقله من العيش في الرخاء الى العيش في الشقاء، ومن طيب المنشأ الى موضع الجفاء. وفي الخبر «من بدا فقد جفا» وان أراد أن يخرج به الى بلد آخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز، وهو ظاهر النص، لأن البلد كالبلد (والثاني) لا يجوز، لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه.

وإن كان الملتقط فى بدو ، فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر جاز ، لأن الحضر أرفق به وأنفع له ، وإن كان من البادية فإن كانت حلته فى مكان لا ينتقل عنه أقر فى يده ، لأن الحلة كالقرية ، وإن كان يظعن فى طلب الماء والكلأ ففيه وجهان (أحـــدهما) يُقَرّ فى يده لأنه أرجى لظهور نسبه . (والثانى) لا يقر فى يده لأنه يشق بالتنقل فى البدو .

﴿ فصــل ﴾ وإن التقطه فقير ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر فى يده لأنه لا يقدر على القيام بحضانته ؛ وفى ذلك إضرار باللقيط (والثانى) يقر فى يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع .

(الشرح) حديث «من بدا فقد جفا» رواه أحمـد فى المسند عن البراء بن عازب بلفظ «من بدا جفا» ورواه الطبرانى فى الكبير عن عبد الله بن مسـعود بلفظ «من بدا جفا ، ومن اتبع الصيد غفل ، ومن أتى أبواب السلطان افتتن» وإسناد أحمد صحيح ، وفى إسناد الطبرانى نظر

أما اللغات فقوله : ظاعن فاعل ظعن وبابه نفع ، أى ارتحل ، ويتعدى بالهمزة وبالحرف ، فيقال أظعنته وظعنت به ، فهو ظاعن للفاعل ومظعون للمفعول ، والأصل مظعون به ولكن حذفت الصلة لكثرة الاستعمال ، وباسم المفعول سمى الرجل ، ويقال المرأة ظعينة فعيلة بمعنى مفعولة ، لأن زوجها يظعن بها ، ويقال الظعينة الهودج ، وسواء كان فيه امرأة أم لا ، والجمع ظعائن وظُعُن بضمتين . ويقال الظعينة فى الأصل وصف المرأة فى هودجها ، سميت بهذا الاسم وإن كانت فى بيتها . قال تعالى (ويوم ظعنكم ويوم إقامتكم)

قوله : ومن طيب المنشأ الى موضع الجفـاء . المنشأ بالهمز مقصور ، وهو موضع النشوء وزمان الحداثة ، يقال نشأت فى بنى فلان إذا شببت فيهم ، مأخوذ من انشاء الله له ، أى ابتداء خلقه . وقوله صلى الله عليه وسلم «من بدا جفا» أى من نزل البادية صار فيه جفاء الاعراب ، والجفاء ممـدود وهو ضد البر ، يقال جفوت الرجل أجفوه ، ولا يقال جفيت . وهو مأخوذ من جفاء السيل ، وهو ما نفاه السيل ، والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون .

أما الاحكام فإنه ليس لكافر التقاط مسلم لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويلقنه الكفر ، بل الظاهر أنه يربيه على ملته ؛ وينشأ على ذلك كولده ، فإن التقطه فلا يقر فى يده ، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض .

أما إذا التقطه من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط فى يديه ، لأن حكمه حكم العدل فى لقطة المال والولاية فى النكاح والشهادة فيه وفى أكثر الأحكام ، ولان الاصل فى المسلم العدالة ، ولذلك قال عمر رضى الله عنه : المسلمون عـــدول بعضهم على بعض ، فان أراد أن يسافر بلقطته فانه لا يقر فى يديه ، وهذا هو مذهبنا ، لأنه لم تتحقق أمانته فلم تؤمن خيانته ، وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة . والوجه الثانى عندهم يقر

فأما من عرفت عدالته واتضحت أمانته ، فيقر اللقيط فى يده فى سفره وحضره لأنه مأمون عليه إذا كان سفره لغير النقلة ، فاذا كان سفر الامين باللقيط الى مكان يقيم به نظرت فان كان التقطه من الحضر فأراد النقل به الى البادية لم يقر فى يده لوجهين :

(أحدهما) أن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه وأرفه له

(والثانى) أنه اذا وجد فى الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به من بلد الحضر ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة : يقر فى يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثانى كالبلد الاول فى الرفاهية فيقر فى يده ، كما لو انتقل من أحد أقسام البلد الى قسم آخر ، وفارق المنتقل به الى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه

وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضر لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين

(الثانى) لا يقر فى يده ، ولان بقاءه فى بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر فى يد المنتقل عنه قياسا على المنتقل به الى الباديه ، وان أقام به فى حلة يستوطنها ، فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر فى يديه ، لان الظاهر

أنه ابن بدويين وإقراره في يدى ملتقطه أرجى لكشف نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لأنه أرفه له وأخف عليه

وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه من هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر في يدى ملتقطه ، لأن إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه فلتقطه أولى به . إذ لا فائدة في نزعه من يده ، ودفعه إلى مثله .

(فرع) إذا التقطه فقير فإن قلنا إنه لا يقدر على حضانته من حيث ضعف الإمكانيات اللازمة لحياة الطفل من الأمور التى تخرج من الإنفاق ، إذ أن الإنفاق لا يلزم الملتقط كما قررنا قبل ، كأن كان مسكنه غير صحى لا تتوفر فيه وسائل التهوية ولا أسباب الوقاية والنظافه ، فعلى هذا الوجه لا يقر في يده ، وإن قلنا بأن الأمور تجرى بضمان الله وكفالته ، وأن الله تعالى تكفل بحفظه اذا شاء ، وأن الاسباب الضرورية للحياة التى ينشأ عليها أبناء الفقراء مألوفة عندهم ويشبون عليها وتبنى فيها أجسامهم كأقوى ما تبنى الاجسام ، وقد رأينا بالحس والمشاهدة ما يتمتع به أبناء الفقراء من مناعة ضد الامراض مع الكفاف في العيش ، وذلك من رعاية الله تعالى لخلقه ، فعلى هذا الوجه يقر في يده والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن تنازع في كفالته نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذاه ، أخذه السلطان وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لا حق لهما قبل الاخذ ولا مزية لهما على غيرهما ، فكان الامر فيه الى السلطان . وإن التقطاه وتشاحا أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده .

وقال أبو على بن خيران : لا يقرع بينهما ، بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له ، والمنصوص هو الاول لقوله تعالى « وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم » ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهايأة ، لأنه تختلف عليه الاخلاق والاغذية فيستضر ، ولا يمكن أن يقدم أحدهما لأنهما متساويان في

سبب الاستحقاق ، ولا يمكن أن يسلم الى غيرهما ، لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز اخراجه عنهما فأقرع بينهما . كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه ، وان ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان

(أحدهما) يدفع الى السلطان فيقره فى يد من يرى ، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ . فأما إقرار اللقيط فى يد غيره فليس ذلك اليه ، ولهذا لو انفرد بالالتقاط لم يملك أن ينقله الى غيره .

(والثانى) وهو المذهب أنه يقر فى يد الآخر من غير اذن السلطان ، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر الى اذن السلطان ، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير اذن ، فاذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين

﴿ فصل ﴾ فأما اذا اختلفا فى الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة ، فان لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان فى يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لاحق لهما ، وان كان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له .

وان كان فى يدهما تحالفا ، فان حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب ، وعلى قول أبى على بن خيران يقره الحاكم فى يد من هو أحظ له ، فان كان لأحدهما بينة قضى له ، لأن البينة أقوى من اليد والدعوى ، وان كان لكل واحد منهما بينة ، فان كانت بينة أحدهما أقدم تاريخاً قضى له ، لأنه قد ثبت له السبق الى الالتقاط ، وان لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخا فقد تعارضت البينتان ، ففى أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفى القول الثانى تستعملان ، وفى الاستعمال ثلاثة أقوال

(أحدها) القسمة (والثانى) القرعة (والثالث) الوقف . ولا يجىء ههنا الا القرعة لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما . ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراراً باللقيط فوجبت القرعة .

(الشرح) الأحكام : إذا تنازع كفالته اثنان من غير أهل الكفالة لفسقهما أو رقهما مع كونهما غير مأذونين من سيدهما فإنه لا يقر فى يدى واحد منهما: وينزع منهما ويسلم إلى غيرهما ، فإذا كانا من أهل الكفالة ، وأن كل واحد منهما ممن يقر فى يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والاخر معسراً فالموسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل ، وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره . فقد قال أصحابنا وأصحاب أحمد : هما سواء ، لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر فى يده إذا انفرد بالتقاطه . فساوى المسلم فى ذلك ، ولابن قدامة الحنبلى رأى فى مخالفة مذهبه بقوله : إن دفعه إلى المسلم أحظ له ، لأنه يصير مسلما فيسعد فى الدنيا والاخرة ، وينجو من النار . ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذى إنما يتعلق به توسعة عليه فى الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة . فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . قال : وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر ينبغى أن يقدم الجواد على البخيل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التى يحصل له الحظ فيها باليسار . وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده .

فإذا تساويا فى كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فإن رضى أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز . لأن الحق له فلا يمنع من الايثار به ، وإن تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى « وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم » ولأنه لا يمكن كونه عندهما ، لأنه لا يمكن أن يكون عندهما فى حالة واحدة . وإن تهايآه فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والالف ، ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو ، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما ، كما يقرع بين الشركاء فى تعيين السهام فى القسمة وبين النساء فى البداية بالقسمة وبين العبيد فى الاعتاق . والرجل مقدم على المرأة عندنا على الاصح

وهما سواء عند أحمد وأصحابه ، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح فى حضانة ولدها على أبيه لانها رجحت هناك لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها ، والاب يحضنه بأجنبية . فكانت أمه أحظ له وأرفق به : أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا على القول بالتساوى ، أو رجح الرجل على الاصح

فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة رجح السلطان العدل على المستور ، لأن المانع من الالتقاط منتف فى حقه والآخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ للطفل فى تسليمه اليه أتم ، ويحتمل أن يساوى السلطان بينهما بالقرعة لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر فى المنع فلا يؤثر فى الترجيح ، والامر متروك الى اجتهاد الحاكم الذى ليس له أن يسلم الى ثالث لم يثبت له حق الالتقاط .

وقال أبو على بن خيران : يجتهد الحاكم فى اختيار الاحظ للطفل والاجدى عليه والاحفظ وليس له أن يقرع بينهما وليس هذا بالمذهب بل المذهب الاقراع

(فرع) وان رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر ، فالسابق الى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية ، ولو قال أحدهما لصاحبه : ناولنيه ، فأخذه الآخر نظرت الى نيته ، فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به ، كالو لم يأمره الاخر بمناولته اياه ، وان نوى مناولته فهو للآمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبه ما لو توكل له فى تحصيل مباح .

فان اختلفا فقال كل واحد منهما : أنا التقطته ولا بينة لأحدهما ، وكان فى يد أحدهما ، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه ، وهذا هو المذهب عند أصحاب أحمد كما ذكره أبو الخطاب ، وقد خالفه القاضى وجعل قياس مذهب أحمد أنه لا يحلف كما فى الطلاق والنكاح .

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فان كان فى يديهما تحالفا فان حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين ويقرع السلطان بينهما على المذهب .

وقال أبو على بن خيران مقالته فى الفرع قبله لا قرعة بينهما بل يجتهد الحاكم فى اختيار أحدهما من هو أحظ للطفل ، فإن كان لأحدهما بينة قضى له ، وإن كان لكل منهما بينة نظرت فى أقدم البينتين تاريخا وقضيت لصاحبها ، فإذا استوى تاريخهما أو أطلقتا معاً ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل تسقطان ؟ أو تستعملان ؟ فيه قولان عندنا ووجهان عند أصحاب أحمد ،

(أحدها) تسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما فيقرع بينهما .

(والثانى) تستعملان ، وفى الاستعمال ثلاثة أقوال . أحدها : القسمة واستعمال القسمة بين المتداعيين إذا جاز فى المال فلا سبيل اليه ههنا . والثانى : الاقراع بينهما . والثالث : الوقف وفى الوقف إضرار باللقيط ، وليس اللقيط مما يجوز وقفه فلا مناص من الاقراع فوجبت القرعة بينهما ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه فى الاسلام ، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال ، وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط ، وإن كان الذى أقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب أن يقال له : من أين صار ابنك ؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أبا له ، وإن ادعى نسبه عبد لحق به ، لأن العبد كالحر فى السبب الذى يلحق به النسب ، ولا يدفع اليه لأنه لا يقدر على حضانته لاشتغاله بخدمة مولاه ، وان ادعى نسبه كافر لحق به ، لان الكافر كالمسلم فى سبب النسب ، وهل يصير اللقيط كافراً ؟ قال فى اللقيط : أحببت أن أجعله مسلما . وقال فى الدعوى والبينات : أجعله مسلما ؛ فمن أصحابنا من قال : إن أقام البينة حكم بكفره قولا واحداً ، وإن لم تقم البينة ففيه قولان .

(أحدها) يحكم بكفره لانا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه

(والقول الثانى) يحكم بإسلامه لانه محكوم بإسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر . وقال أبو اسحاق : الذى قال فى اللقيط أراد به اذا ادعاه وأقام البينه

عليه ؛ لانه قد ثبت بالبينه أنه ولد على فراش كافر ، والذى قال فى الدعوى والبينات أراد اذا ادعاه من غير بينه لأنه محكوم باسلامه بظاهر الدار ، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر ، وهذا الطريق هو الصحيح لانه نص عليه فى الاملاء . واذا قلنا انه يتبع الأب فى الكفر فالمستحب أن يسلم الى مسلم الى أن يبلغ احتياطا للاسلام ؛ فان بلغ ووصف الكفر أقررناه على كفره ، وان وصف الاسلام حكمنا باسلامه من وقته .

(فصل) وان ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : يقبل لأنها أحد الابوين ، فقبل اقرارها بالنسب كالاب . والثانى : لا يقبل وهو ظاهر النص لانه يمكن اقامة البينه على ولادتها من طريق المشاهدة ، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الاب ، فانه لا يمكن اقامة البينه على ولادته من طريق المشاهدة ، فقبلت فيه دعواه ؛ ولهذا قلنا : انه اذا قال لامرأته : ان دخلت الدار فأنت طالق ، لم يقبل قولها فى دخول الدار الا ببينه ، ولو قال لها : ان حضت فأنت طالق ، قبل قولها فى الحيض من غير بينه ، لما ذكرناه من الفرق ، فكذلك ههنا . والثالث : ان كانت فراشاً لرجل لم يقبل قولها ، لان اقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وان لم تكن فراشاً قبل لانه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها .

(الشرح) اللغه : الدعوى ، ودعواه ودعواها كلها بكسر الدال . قال الأزهرى : الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدّعىّ غير أبيه ، يقال : الدعىّ بيّن الدعوة بالكسر اذا كان يدعى الى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثانى .

وعن الكسائى : لى فى القوم دعوة أى قرابه واخاء ، والدعوة بالفتح فى الطعام اسم من دعوت الناس اذا طلبتهم ليأكلوا عندك ، يقال : نحن فى دعوة فلان ومدعاته ودعائه بمعنى . قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب الا عدى الرباب فانهم يعكسون ويجعلون الفتح فى النسب والكسر فى الطعام ، ودعوى فلان كذا أى قوله : وادعيت الشىء تمنيته ، وادعيته طلبته لنفسى والاسم الدعوى .

أما الاحكام : فانه اذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى النسب من قسمين .

أحدهما : أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر ، فإن كان المدعى رجلا مسلما حراً ألحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن ان يكون منه ، لأن الاقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ، ولامضرة على غيره فيه ، فقبل كما لو أقر له بمال ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر فى يده ، إلا أن المستحب أن يناقش كيف صار ابنك لأنه قد يعتقد أنه بالالتقاط يصير أبا له ، والله يقول « فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم » .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه . وإذا التقط مسلم لقيطا فهو حر مسلم مالم يعلم لأبويه دين غير دين الاسلام ، فإذا أقر به نصرانى ألحقناه به وجعلناه مسلما لأن اقراره به ليس بعلم منا أنه كما قال ، فلا نغير الاسلام اذا لم نعلم الكفر . اه من الدعوى والبينات من الام .

وقال فى كتاب اللقيط من الأم . سئل أبو حنيفة رحمه الله عن الصبى يسبى وأبوه كافر وقعا فى سهم رجل ثم مات أبوه وهو كافر ثم مات الغلام قبل أن يتكلم بالاسلام فقال لا يصلى عليه ، وهو على دين أبيه لأنه لا يقر بالاسلام . وقال الأوزاعى : مولاه أولى من أبيه يصلى عليه . وقال لو لم يكن معه أبوه ، وخرج أبوه مستأمنا لكان لمولاه أن يبيعه من أبيه .

وقال أبو يوسف اذا لم يسب معه أبوه صار مسلما ، ليس لمولاه أن يبيعه من أبيه اذا دخل بأمان ، وهو ينقض قول الأوزاعى : انه لا بأس أن يبتاع السبى ويرد الى دار الحرب فى مسألة قبل هذا ، فالقول فى هذا ماقال أبو حنيفة اذا كان معه أبواه أو أحدهما فهو مسلم اه .

(قلت) اذا ادعى نسبه اثنان فصاعداً نظرت ، فاذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وهذا هو مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما . وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمى والحر أولى من العبد ، لان على اللقيط ضرراً اذا ألحق بالعبد والذمى ، فكان الحاقه بالحر المسلم أولى ، كما لو تنازعوا فى الحضانة .

ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فاذا تنازعوا تساووا فى الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق ، فاننا لا نحكم برقه

ولا كفره ، ولا يشبه النسب الحضانة ، بدليل أننا نقدم فى الحضانة الموسر والحضرى ولا نقدمهما فى دعوى النسب .

وجعل الإمام الشافعى رضى الله عنه التسليم للنصرانى بدعواه بنوة اللقيط لا يعد تسليما للقيط بالكفر ، بل نجعله مسلماً حتى نعلم الكفر . وهذا أحد قوليه فمن أصحابنا من قال : إن أقام الذمى البينة حكمنا بكفره قولا واحداً ، كقوله فى الأخذ بقول أبى حنيفة مما سقناه عنه .

وإن لم تقم بينة ففيه قولان (أحدهما) إن الحكم بثبوت النسب من الكافر حكم بكفره على طريق التبع والضمن ، لأنه ولد على فراشه .

(والثانى) لأن غلبة دار الاسلام أقوى من دعوى النسب التى يدعيها الكافر وكل لقيط فى دار الإسلام هو مسلم ، فلا يحكم بكفره بقول كافر . وذهب أبو إسحاق المروزى فى قولى الشافعى الى تخريجهما وجهين المسألة لا قولين ، بأن الحكم بكفره يتبع البينة للذى ادعاه من الكفار ، فإذا ثبت أنه ولد على فراش الكفر قضينا بكفره وألحقناه بصاحب البينة ، وأنه إذا لم يقم بينة حكمنا بإسلامه وهذا هو توجيه ما فى الدعوى والبينات من الأم ، وفى هذا التخريج ما يؤيده من قوله فى الإملاء .

قال النووى فى المنهاج : ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمى بينة بنسبه لحقه وتبعه فى الكفر . وقال الزركشى : وكذلك المعاهد والمؤمن . وقال الرملى : فارتفع ماظنناه من إسلامه ، لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوى من اليد المجردة وتصور علوقه من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البينة . قال وإن اقتصر الكافر على الدعوى بأنه ابنه ولا حجة له فالمذهب أنه لا يتبعه فى الكفر وان لحقه فى النسب ، لأنا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بدعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة .

والطريق الثانى : فيه قولان ثانيهما يتبعه فى الكفر كالنسب ، وجعل الماوردى محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم ، فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الاسلام قطعاً ، وسواء أقلنا بتبعيته فى الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوى مميز وصف الإسلام وبينه

قال فى الكفاية وقضية اطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما — إن قلنا بعدم تبعيته له فى الكفر ، لكن فى المهذب انه يستحب تسليمه لمسلم ، فاذا بلغ ووصف الكفر ، فان قلنا بالتبعية — قرر لكن هذا التقرير يهدده لعله يسلم ، وإلا ففى تقريره ما سبق من الخلاف .

(فرع) إذا كان المدعى امرأة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضى الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين ، فيثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتى به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ، ولأن فى قصة داود وسليمان فى المرأتين كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقى ابنها وأن الذى أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما

فعلى هذا الوجه يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك اذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته . فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته ، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره ، قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فان قيل إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحه بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة ، بل الحاقه بها دون زوجها تطرق للعار اليه واليها . قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقا لا منازع له فيه ، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال ، وهذا متحقق فى دعوى المرأة .

والوجه الثانى — وهو رواية ثانية عن أحمد رضى الله عنه نقلها الكوسج عنه فى امرأة ادعت ولداً ، ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه ، لأنه اذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ، يتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم

بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ، ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ؛ وهذا قول الثورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى. قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرده ، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

أما كيف تكون البينة ؟ فقد قال الشافعى رضى الله عنه : لا يجوز على الولادة ولا شيء مما تجوز فيه شهادة النساء مما يغيب عن الرجال إلا أربع نسوة عدول من قبل أن الله عز وجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلها إلى شاهدين أو شاهد وامرأتين ، فأقام الثنتين من النساء مقام رجل حيث أجازهما ، فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يجز والله أعلم أن يجيزوا إلا على أصل حكم الله عز وجل فى الشهادات ، فيجعلون كل امرأتين يقومان مقام رجل ؛ وإذا فعلوا لم يجز إلا أربع . وهكذا المعنى فى كتاب الله عز وجل وما أجمع عليه المسلمون .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء أنه قال فى شهادة النساء على الشيء من أمر النساء لا يجوز فيه أقل من أربع . وقد قال غيرنا تجوز فيه واحدة لأنه من موضع الأخبار كما تجوز الواحدة فى الخبر ، لا أنه من موضع الشهادة ، ولو كان من موضع الشهادات ما جاز عدد من النساء — وإن كثرن على شيء إلى أن قال قال : فإنا روينا عن على رضى الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها . قلت : لو ثبت هذا عن على صرنا اليه إن شاء الله تعالى ، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه . وهذا لا من جهة ما قلنا من القياس على حكم الله ولا من جهة قبول خبر المرأة ، ولا أعرف له معنى .

قلت إذا ثبت هذا فى وجوب البينة لما يمكن أن تقوم عليه بينة كالولادة للقيط المدعى أو المعلق طلاقها على دخول الدار فى المجيء ببينة على دخول الدار ، وفارق الحيض فإنه من الأعراض الخفية التى يقبل فيها الإقرار ولا يطالب فيها بالبينة لتعذرها أو استحالتها . والوجه الثالث وهو الرواية الثالثة عن أحمد رضى الله عنه أنها ان كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه الى إلحاق النسب بزوجها

بغير إقراره ولا رضاه ؛ أو الى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفى ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به ، وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن تداعى نسبه رجلان لم يجز إلحاقه بهما ، لأن الولد لا ينعقد من اثنين ؛ والدليل عليه قوله تعالى « إنا خلقناكم من ذكر وأنثى » فإن لم يكن لواحد منهما بينة عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة ، فإن ألحقته بأحدهما لحق به لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور فى وجهه فقال : ألم ترى الى مجزز المدلجى نظر إلى أسامة وزيد وقد غطيا رؤسهما ، وقد بدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض » فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهل يجوز أن يكون من غير بنى مدلج ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع إلا فى بنى مدلج

(والثانى) أنه يجوز وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى ؛ فلم تختص به قبيلة كالعلم بالأحكام ، وهل يجوز أن يكون واحداً ؟ فيه وجهان . أحدهما : أنه يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى وحده ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم . والثانى : لا يجوز أقل من اثنين لأنه حكم بالشبه فى الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم فى المثل فى جزاء الصيد .

ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبداً كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبداً ولا يقبل الا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل فى الفتيا الا قول من عرف فى العلم حذقه ، وان ألحقته بهما أو نفته عنهما أو أشكل الأمر عليها أو لم تكن قافة ترك حتى يبلغ ، ويؤخذان بالنفقة عليه : لأن كل واحد منهما يقول : أنا الأب وعلىّ نفقته ، فاذا بلغ أمرناه أن ينتسب الى من يميل طبعه اليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال للغلام الذى ألحقته القافة بهما : وال أيهما شئت ، ولان الولد يجد لوالده مالا يجد لغيره ، فاذا تعذر العمل بقول القافة رجع الى اختيار الولد ، وهل يصح أن ينتسب اذا صار مميزاً ولم يبلغ ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يصح كما يصح أن يختار السكون مع أحد الابوين اذا صار مميزاً .
(والثانى) لا يصح لانه قول يتعين به النسب ويلزم الاحكام به ، فلا يقبل من الصبى ، ويخالف اختيار السكون مع أحد الأبوين ، لأن ذلك غير لازم ؛ ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل الى الاخر جاز ، ولايجوز ذلك فى النسب ، وان كان لاحدهما بينه قدمت على القافة ، لان البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة تخبر عن اجتهاد ، فان كان لكل واحد منهما بينه فهما متعارضتان لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ، فى أحد القولين يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفى الثانى تستعملان ، فعلى هذا هل يقرع بينهما ، فيه وجهان .

أحدهما : يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة قضى له ، لانه لا يمكن قسمة الولد بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراراً باللقيط فوجبت القرعه .
والثانى : لا يقرع ، لان معنا ما هو أقوى من القرعه وهو القافه ، فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينه ، وليس فى موضع تسقط الاقوال الثلاثة فى استعمال البينتين الا فى هذا الموضع على هذا المذهب .

وان تداعت امرأتان نسبه وقلنا : انه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة ، فهل يعرض على القافه ، فيه وجهان (أحدهما) يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب ، فاذا جاز الرجوع الى القافه فى تمييز الأب من غيره بالشبه جاز فى تمييز الام من غيرها (والثانى) لا يعرض لان الولد يمكن معرفة أمه يقينا فلم يرجع فيه الى القافه بخلاف الاب فانه لا يمكن معرفته الا ظنا فجاز أن يرجع فيه الى الشبه .

(فصل) وان ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل الا ببينه ، لان الاصل هو الحريه فان شهدت له البينه نظرت ، فان شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال فى اللقيط : جعلته له . وقال فى الدعوى والبينات : ان شهدت له بأنه ولدته أمته فى فى ملكه جعلته له ، فمن أصحابنا من قال يجعل له قولا واحداً ، وان لم تقل ولدته فى ملكه ، وما قال فى الدعوى والبينات ذكره تأكيداً لا شرطا لأن ما تأتى به أمته من غيره لا يكون الا مملوكا له .

ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجعل له لما بيناه (والثانى) لا يجعل له لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها فلم يملك ولدها وان شهدت له البينة بالملك ولم تذكر سبب الملك ، ففيه قولان .

أحدهما : يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال ، وإن لم تذكر سببه .

والثانى : لا يحكم لأن البينة قد تراه فى يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط أوغيره ، وإن شهدت البينة له باليد ، فإن كان المدعى هو الملتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط ، ويد الالتقاط لا تدل على الملك ؛ فلم يكن للشهادة تأثير . وان كان المدعى غيره ، ففيه قولان .

(أحدهما) يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت ، فإذا حلف حكم له كما لو كان فى يده مال فحلف عليه (والثانى) لا يحكم له لان ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لان الظاهر الحرية .

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها متفق عليه بلفظ « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى الى مجزز المدلجى نظر آنفا الى زيد بن حارثة وأسامه بن زيد فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض » وفى رواية للبخارى « ألم ترى أن مجززاً المدلجى دخل فرأى أسامه وزيداً وعليهما قطيفه قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال : ان هذه الاقدام بعضها من بعض » ومجزز بضم الميم وفتح الجيم ثم زاى مشددة مكسورة ثم زاى أخرى اسم فاعل لانه كان فى الجاهليه اذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه وقد كان الكفار يقدحون فى نسب أسامه لكونه كان أسود شديد السواد ؛ وكان زيد أبيض كذا قاله أبو داود . وأم أيمن هى أم أيمن بركة الحبشيه مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه حيث كانت وصيفته ، ويقال : كانت من سبى الحبشه الذين قدموا زمن الفيل فصارت لعبد المطلب فوهبها لعبد الله والد النبى صلى الله عليه وسلم ، وتزوجت قبل زيد عبيداً الحبشى فولدت له أيمن فكنيت به والقافه جمع قائف كقادة جمع قائد وسادة جمع سائد . والقائف هو الذى يتتبع الاثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه .

أما الاحكام : فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الدعوى والبينات من الام واذا تداعى الحر والعبد المسلمان والذمى الحر والعبد مولوداً وجد لقيطا فلا فرق بين أحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما تداعوا فيه مما يملكون : فتراه القافه ، فإن ألحقوه بأحدهم فهو ابنه ليس له أن ينفيه ولا للمولود أن ينتفى منه بحال أبدا وان ألحقته القافه باثنين فأكثر أو لم تكن قافه ، أو كانت فلم تعرف ، لم يكن ابن واحد منهم حتى يبلغ فينتسب الى أيهم شـــاء ، فاذا فعل ذلك انقطعت دعوى الآخرين ، ولم يكن للذى انتسب اليه أن ينفيه وهو حر فى كل حالاته بأيهم لحق لان اللقيط حر ، وانما جعلناه حرا اذا غاب عنا معناه ، لان أصل الناس الحريه حتى يعلم أنهم غير أحرار

ولو أن أحـدهم قال : هو ابنى من أمة نكحتها لم يكن بهذا رقيقاً لرب الأمة حتى يعلم أن الامة ولدته ، ولا يجعل اقرار غيره لازما له . ويكفى القائف الواحد لان هذا موضع حكم بعلم لا موضع شهادة ، ولو كان ، انما حكمه حكم الشهادات ما أجزنا غير اثنين ولا أجزنا شهادة اثنين يشهدان على مالم يحضرا ولم يريا ، ولكنه كاجتهاد العالم ينفذه كما ينفذ هذا ، ولا يحتاج معه الى ثان ولا يقبل القائف الواحد حتى يكون أميناً ولا أكثر منه حتى يكونوا أمناء أو بعضهم ، فاذا أحضرنا القائف والمتداعيين للولد أو ذوى أرحامهم ان كان المدعون له موتى أو كان بعض المدعين له ميتا ، فأحضرنا ذوى رحمه أحضرنا احتياطا أقرب الناس نسباً وشبها فى الخلق والسن والبلد بالمدعين له ، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ، ثم أمرنا القائف يلحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه ان لم يكن له أب .

وان كانت معه أم أحضرنا لها نسباً فى القرب منها كما وصفت ثم بدأنا فأمرنا القائف أن يلحقه بأمه لأن للقائف فى الأم معنى ، ولكى يستدل به على صوابه فى الاب ان أصاب فيها ويستدل على غيره ان أخطأ فيها ، فخالفنا بعض الناس فى القافه وقال القافه باطل ؛ فذكرنا له أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع مجززا المدلجى ونظر الى أقدام أسامه وأبيه زيد وقد غطيا وجوههما فقال : ان هـذه الأقدام بعضها من بعض فحكى ذلك النبى صلى الله عليه وسلم لعائشه مسرورا به ، فقال :

ليس فى هذا حكم . فقلنا انه وان لم يكن فيه حكم فإن فيه دلالة على أن النبى صلى الله عليه وسلم رضيه ورآه علماً ، لأنه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكما ما سره ما سمع منه ان شاء الله تعالى ، ولنهاه أن يعود له . فقال انك وان أصبت فى هذا فقد تخطىء فى غيره . فقال فهل فى هذا غيره ؟ قلنا نعم ، أخبرنا ابن علية عن حميد عن أنس أنه شك فى ابن له فدعا القافة .

أخبرنا أنس بن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رجلين تداعيا ولداً ، فدعا له عمر القافة ، فقالوا قد اشتركا فيه ، فقال له عمر وال أيهما شئت .

أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن عمر مثل معناه ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمرعن الزهرى عن عروة عن عمر بن الخطاب مثل معناه قال فإنا لا نقول بهذا ونزعم أن عمر قال هو ابنكما ترثانه ويرثكما ، وهو للباقى منكما . قلت فقد رويت عن عمر أنه دعا القافة ، فزعمت أنك لا تدعو القافة ، فلو لم يكن فى هذا حجة عليك فى شىء مما وصفنا ، الا أنك رويت عن عمر شيئا فخالفته فيه كانت عليك

قال ، قد رويت عنه أنه ابنهما ، وهذا خلاف ما رويتم ، قلنا وأنت تخالف أيضا هذا ، قال فكيف لم تصيروا الى القول به ؟ قلنا هو لا يثبت عن عمر لأن اسناد حديث هشام متصل ، والمتصل أثبت عندنا وعندك من المنقطع ، وانما هذا حديث منقطع وسليمان بن يسار وعروة أحسن مرسلا عن عمر ممن رويت عنه ، قال فأنت تخالف عمر فيما قضى به من أن يكون ابن اثنين ؟ قلت فإنك زعمت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى به اذ كان فى أيديهما قضاء الأموال قال كذلك قلت اه

قلت ووجه دلالته ما علم من أن التقرير منه صلى الله عليه وسلم حجة ؛ لأنه أحد أقسام السنة ، وحقيقة التقرير أن يرى النبى (ص) فعلا من أحد أو يسمع قوله أو يعلم به وكان ذلك الفعل من الافعال التى لا يعلم تقدم انكاره لها ، دل ذلك على جوازه ، فان استبشر به فأوضح كما فى هذه القصه ، والحكم بالقافة اذا لم تكن بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا اذا الحقود ، فنلحقه بمن ألحقوه

وهذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعى والليث وأبى ثور والشافعى ومالك وأحمد بن حنبل .

وقال أصحاب الرأى : لا حكم للقافة ، ويلحق بالمدعيين جميعاً تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين ، فإن الشبه يوجد بين الاجانب ، وينتفى بين الاقارب ولهذا روى الشيخان أن رجلا أتى النبى فقال: يارسول الله إن امرأتى ولدت غلاما أسود فقال : هل لك من ابل ، قال : نعم ، قال : فما ألوانها ، قال : حمر . قال : فهل فيها من أورق ، قال نعم ، قال أنى أتاها ذلك ، قال لعل عرقا نزع ، قال : وهذا لعل عرقا نزع ، قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفى به فى ولد الملاعنة ، وفيما اذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

ودليلنا عليهم غير حديث مجزز قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ولد الملاعنه « انظروها فان جاءت به أحمش الساقين كأنه وجرة فلا أراه الا قد كذب عليها وان جاءت به أكحل جعداً جماليا سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو للذى رميت به ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لى ولها شأن » فقد حكم به النبى صلى الله عليه وسلم للذى أشبهه منهما ، وقوله لولا الايمان لكان لى ولها شأن ، يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ابن زمعة حين رأى به شبها بيناً بعتبه بن أبى وقاص « احتجبى منه يا سودة » فعمل بالشبه فى حجب سودة عنه .

فان قيل : فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبى صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمعه هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر . ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة فى اقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف ، قلنا انما لم يعمل فى ابن زمعه لان الفراش أقوى ، وترك العمل بالبينة لمعارضة ماهو أقوى منه لايوجب الإعراض عنه ، اذا خلت عن المعارض وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لايوجب ضعفه عن الحاق النسب ، فان الحد فى الزنا لا يثبت الا بأقوى البينات

وأكثرها عـدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدرأ بالشبهات ، ولأن ضعف الشبه عن نفى النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب يحتاط لإثباته ، ويثبت بأدنى دليل ، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة ، كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه فى الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب فى مسألتنا .

والقافة قوم يعرفون الإنسـان بالشبه . ولا يختص ذلك بقبيلة معينة على الصحيح من المـذهب ، وبه قال أحمد رضى الله عنه وأصحابه : بل هو علم يتعلم بقواعده وأصوله التى كانت عند العرب ، وكان أكثر ما يكون فى بنى مدلج رهط مجزز الذى رأى أسامة وأباه زيداً ، و ن إياس بن معاوية المزنى قائفاً . وكذلك قيل فى شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عـدلا مجرباً فى الإصابة ، حراً لأن قوله حكم .

وقد كان بعض العرب يستدل من اختلاف أحد الأبناء عن إخوته على أسباب الشك التى تساوره ، فقد عاد أحـدهم إلى امرأته من سفر فوجدها قد ولدت له ولداً ، فقال لها :

لا تمشطى رأسى ولا تفلينى وحاذرى ذا الريق فى يمينى
واقـتربى منى أخـبرينى ما له أسـود كالهجين
خالف ألوان بنىّ الجـون

على أن أسباب المعرفة فى زماننا هـذا قد اتسعت آفاقها واستقرت قواعدها على أسباب أدق ومبادىء أضبط ، وإن كانت غير قطعية فى أكثر أحوالها ، وقد يأخذ العلم الحديث بالقيافة حيث يعجز التحليل الطبى ، والقيافة أحد فروع الطب الشرعى أو هى الأساس الفعلى للطب الشرعى ، ومن قرأ كتب الطب الشرعى العربية أو الأجنبية يتضح له صحة هذا الحكم .

وقد جاء فى كتاب الطب الشرعى الجنائى للدكاترة شريف وسيف النصر ومشالى أن فصائل الدم تنقسم فى جميع الشعوب إلى أربعة أقسام ، قسمان كبيران ويمكن إطلاق معنى السائدة عليهما ويرمز إليهما بألف وباء ، ونوع يتكون منهما

ويرمز اليه بألف باء ، ونوع نادر ويسمى (أو) فإذا كان الرجل من فصيلة (ا) والمرأة من فصيلة (ب) أمكن أن يكون الولد ا أو ب أو (ا ب)

ويلاحظ أن قيافة الدم هنا وإن كانت قائمة على أساس علمى إلا أنها سلبية وليست إيجابية ، فهى تقول بأن هذا ليس أباً ولا تستطيع أن تقول هذا أب ، لأنه قد يكون الأب شخصا له فصيلة المدعى ، ولكن يمكن أن ينفى فيقول إذا كانت فصيلة دم الابن أو وكانت فصيلة الأب المدعى ا ب والأم ب حكموا بالقطع بأن هذا ليس أباه ، ولكن لو كانت فصيلته من فصيلة الطفل قالوا يحتمل أن يكون أباه ويحتمل أن يكون أبوه غيره ، على أن أحسن القيافة التعرف عن طريق الأطراف كالأيدى والارجل وملامح الوجه. وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل الا قول اثنين — وجهان — (أحدهما) أنه حكم بالاجتهاد فيصح من واحد . (والثانى) لا يجوز بأقل من اثنين كالحكم بالمثل فى جزاء الصيد فى قوله تعالى « يحكم به ذوا عدل منكم » ولأنه حكم بالشبه فى الخلقة فأشبه الحكم فى المثل فى جزاء الصيد « فجزاء مثل ما قتل من النعم »

وبهذا الوجه قال أحمد رضى الله عنه فى ظاهر رواية الاثرم عنه أنه قيل له : إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا . قال لا يقبل واحد منهما حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين، فإذا شهد إثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا ، لانه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة .

وقال القاضى من الحنابلة ، يقبل قول الواحد لأنه حكم ، ويقبل فى الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال « إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا ، فان قال إثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنهما شاهدان فقولهما أولى لأنه أقوى من قول واحد . وان عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع . وان عارض قول الإثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع ، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالأول ، لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، ومتى حكم الحاكم حكما لم ينقض بمخالفة غيره له ، وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم

بكفره ولا رقه لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد .

ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لأنه حكم له به فلم يزل بمجرد الدعوى ، فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول ، لأنها بينة فى إلحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

(فرع) إذا ادعاه إثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما فى النفقة . وكان أحمد رضى الله عنه يقول : إنه ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور . وقال أصحاب الرأى يلحق بهما بمجرد الدعوى . وقال الشافعى لا يلحق بأكثر من واحد ، فإذا ألحقته بهما سقط قولها ولم يحكم لهما ، واحتج برواية عمر رضى الله عنه أن القافه قالت ، قد اشتركا فيه ، فقال عمر وال أيهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين ، فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبها فسقط قولها كما لو ألحقته بأمين ، ولأن المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما ، هذا وما لم نتناوله من مسائل الفصل فعلى وجهه من تقرير المصنف . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسابى فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين فى الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية . لأن السبب الذى أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبه من أسلم بنفسه وبقى على إسلامه ، فان بلغ ووصف الكفر فالمنصوص أنه مرتد ، فان تاب وإلا قتل لأنه محكوم بإسلامه قطعاً فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) ما ذكرناه (والثانى) أنه يقر على الكفر لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه ، فان بلغ ولم يصف الاسلام ولا الكفر فقتله قاتل فالمنصوص أنه لا قود على قاتله .

ومن أصحابنا من قال : يجب القود لأنه محكوم بإسلامه فأشبه ما قبل البلوغ ، وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكون غير راض بالإسلام ، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط ؛ ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعاً وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الإسلام ، فأما من حكم بإسلامه بالدار فانه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسابي ، فإن بلغ ووصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطا ، فإن أقام على الكفر أقر عليه .

ومن أصحابنا من قال : هو كالمحكوم باسلامه بأبويه لأنه محكوم باسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه ، والمنصوص أنه يقر على الكفر لأنه محكوم باسلامه من جهة الظاهر ، ولهذا لو ادعاه ذمي وأقام البينة حكم بكفره .

﴿ فصل ﴾ وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية (والثاني) أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبداً ، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد وان قطع حر طرفه وادعى انه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقذف ، ومنهم من قال : ان القول قول اللقيط قولا واحداً وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر ووجوب القيمة مشكوك فيه فاذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجز وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد ، فاذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين لجاز .

﴿ فصل ﴾ إذا بلغ اللقيط ووهب وأقبض وباع وابتاع ونكح وأصدق وجنى ؛ وُجني عليه ثم قامت البينة على رقه كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن يمضي ما يمضي من تصرفه ، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره ، لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك ، فان أقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت ، فان كان قد تقدم منه إقرار بحريته لم يقبل إقراره بالرق . لأنه لزمه باقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل

إقراره فى إسقاطها ، وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) لا يقبل إقراره بالرق ، لأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحرية ، ثم أقر بالرق .

(والثانى) يقبل لأنا حكمنا بحريته فى الظاهر ، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالاقرار ، ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار وبلغ وأقر بالكفر قبل منه ، فكذلك ههنا ، ومنهم من قال : يقبل إقراره بالرق قولا واحدا لما ذكرناه ، ويكون حكمه فى المستقبل حكم الرقيق ، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين (أحدهما) يقبل إقراره فى جميعه ، لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة (والثانى) يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره ، لأن اقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره ، ولم يقبل فيما يضر غيره ، كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره ، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع فان باع واشترى — فان قلنا : يقبل إقراره فى الجميع ، وقلنا : ان عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح — كانت عقوده فاسدة فان كانت الاعيان باقية وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب بدلها فى ذمته يتبع به اذا عتق . وان قلنا : يقبل فيما يضره ، ولا قبل فيما يضر غيره ، لم يقبل قوله فى افساد العقود ، ويلزمه اعواضها . فان كان فى يده مال استوفى منه ، فان فضل فى يده شىء كان لمولاه .

وان كان اللقيط جارية فزوجها الحاكم ثم أقرت بالرق — فان قلنا : يقبل اقرارها فى الجميع — فالنكاح باطل ، لأنه عقد بغير اذن المولى ، فان كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شىء ، وان كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل لانه وطء فى نكاح فاسد ، وان أتت بولد فهو حر لانه دخل على أنه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة أمة وهى قرءآن .

وان قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح ، لان فيه اضرارا بالزوج ولكنه فى حق الزوج فى حكم الصحيح ، وفى حقها فى حكم الفاسد ، فان كان قبل الدخول لم يجب لها مهر ، لأنها لا تدعيه ، وان كان بعد الدخول وجب لها أقل

الأمرين من مهر المثل أو المسمى ، لأنه إن كان المهر أقل لم يجب ما زاد لأن فيه إضراراً بالزوج ، وإن أتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لأنا لا نقبل قولها فيما يضره ، ونقول للزوج قد ثبت أن زوجتك أمة ، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكا للسيد لانك تطؤها على علم أنها أمة ، وإن طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة أقراء وله فيها الرجعة لأنا لا نقبل قولها عليه فيما يضره ، وإن مات عنها لزمتها عدة أمة وهى شهران وخمس ليال . لان عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها ، ولهذا تجب من غير وطء . وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات ، وان كان اللقيط غلاما فتزوج ثم أقر بالرق .

فإن قلنا : يقبل اقراره فى الجميع : بطل النكاح من أصله لانه بغير اذن المولى فإن لم يدخل بها لم يلزمه شيء ، وان دخل بها لزمه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ؛ لأنه ان كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لأنها لا تدعيه ، وان كان مهر المثل أقل لم يجب مازاد لان قوله مقبول ؛ وان ضر غيره . وان قلنا : لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله : ان النكاح باطل ، لانه يضرها ، ولكن يحكم بانفساخه فى الحال لانه أقر بتحريمها ، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى وان دخل بها لزمه جميعه لانه لا يقبل قوله فى اسقاط المسمى .

(الشرح) من حكم باسلامه أو باسلام أحد أبويه ، وان علا وقت العلوق ولو أنثى غير وارثه ، ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله فهو مسلم بالاجماع بشرط نسبته اليه نسبة تقتضى التوارث فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام ، ولو ارتد بعد البلوغ بأن وصف كفراً أى أعرب به عن نفسه فمرتد لانه مسلم ظاهراً وباطناً ، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما ، وان علا قبل بلوغه ولو بعد تمييزه حكم باسلامه اجماعا كما فى اسلام الأب وخبر « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل اسلام أصله فظاهر اطلاقهم قبول قوله فيه لزمن امكانه قال الرملى : وما بحثه الولى العراقى من عدم قبول قوله الا أن ينبت على عانته شعر خشن ، غير ظاهر اللهم الا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه ، ولاصل بقاء الصغر ، فان بلغ ووصف كفرا فمرتد لسبق الحكم

بإسلامه ظاهرا وباطناً ، وفى قول كافر أصلى ، لأن تبعيته أزالت الحكم بكفره ، وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا ، وبنى عليه أنه يلزمه التلفظ بالاسلام بعد البلوغ بخلافه على الاول ، ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم ؛ بل قال امام الحرمين وصوبه فى الروضه هو كذلك على الثانى أيضاً لان هذه الامور مبنية على الظاهر ، وظاهره الاسلام .

وماذكره بعضهم من أن المسلم باسلام أحد أبويه لا يغنى عنه اسلامه شيئاً مالم يسلم بنفسه فغريب أو سبق قلم على ماقرره الاذرعى أو مفرع على وجوب التلفظ ولو تلفظ ثم ارتد فمرتد قطعاً ؛ ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الاسلام قبل ردته على الأصح .

ولو سبى مسلم طفلا تبع هذا الطفل سابيه فى الاسلام ظاهرا وباطنا ان لم يكن معه أحد أبويه بالاجماع ؛ ولا اعتبار بمن شذ ، ولانه صار تحت ولايته كالأبوين ، وقضية الحكم باسلامه باطنا أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتدا أما اذا كان معه أحد أبويه وان علا بأن كان فى جيش واحد وغنيمة واحدة ، وان لم يتحد المالك وقد سبيا معا — وان أطلق القاضى فى تعليقه أنه اذا سبق سبي أحدهما سبي الآخر تبع السابى ، فلا يحكم باسلامه ، لان تبعيتهما أقوى من تبعية السابى وان ماتا بعد ، لان التبعية انما تثبت فى ابتداء السبى ، ولو سباه ذمى قاطن ببلادنا على حد قول امام الحرمين أو دخل به دارنا كما قال البغوى ، أو سباه فى جيشنا ، وكل ذلك انما هو قيل للخلاف فى قولهم : لم يحكم باسلامه فى الأصح . والثانى : يحكم باسلامه تبعاً للدار والأوجه أنه لو سبى أبواه ثم أسلما صار مسلما بإسلامهما خلافا للحليمى ومن تبعه ، ولو سباه مسلم وذمى حكم باسلامه تغليباً لحكم الاسلام ، ولو سبى الذمى صبيا أو مجنونا وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابى له مع أحد أبويه فى جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشترى لفوات وقت التبعية ، لانها انما تثبت ابتداء وما جاء من قتله فسيأتى فى الأقضية ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا ادعى رق اللقيط مدع بعد بلوغه كلف اجابته ، فان أنكر ولا بينة

لم تقبل دعواه ، وإن كانت له بينة حكم له بها ، وإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لتصرفه بغير إذن ، وان لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا ، فان كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهى حق الله تعالى فلا يبطل برجوعه .

فإن قلنا : يقبل إقراره كأحد الوجهين عند الشافعى صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وأحمد ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ، لانه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ماعليه دون ما له كما لو قال : لفلان عليّ ألف درهم ولى عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره فى الجميع ، وهو القول الثانى للشافعى لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ، فإن قبلنا إقراره بالرق لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ؛ فإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح فى حقها ، فان كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وان كان دخل بها لم يسقط مهرها وأما أولادها فأحرار ولا يثبت الرق فى حق أولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها ، وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفسادا للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الامه لا تعتبر فى استدامة العقد انما تعتبر فى ابتدائه .

فإن قيل : قد قبلتم قولها فى أنها أمة فى المستقبل وفيه ضرر على الزوج . قلنا لم يقبل قولها فى إيجاب حق لم يدخل فى العقد عليه ، فأما الحكم فى المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من يثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه مالم يدخل عليها أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها ، فإن طلقها اعتدت عدة الحرة ؛ لان عدة الطلاق حق للزوج عند أحمد والشافعى ثلاثة قروء ، وان مات اعتدت عدة الأمة وهى شهران وخمس ليال لأنه وطء فى نكاح فاسد ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان جنى عمدا على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على

القولين وإن جنى خطأ وجب الأرش فى رقبته على القولين لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش فى رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه ، وإن جنى عليه حر عمداً لم يجب القود على الجانى لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه ، وإن جنى عليه خطأ بأن قطع يده ، فإن الجانى يقر بنصف الدية واللقيط يدعى نصف القيمة ، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة ، لأن مازاد عليه لا يدعيه . وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين إن قلنا يقبل قوله فى الجميع وجب على الجانى نصف القيمة ، وإن قلنا لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد إضراراً بالجانى

(فصل) وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط إقراره ، كما لو أقر له بدار فكذبه ، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل . وقال أبو العباس يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر ، والمذهب الاول لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره ، فاذا كذبه المقر له رجع الى الأصل ، وهو أنه حر فلم يقبل إقراره بالرق بعده ، ويخالف الدار لأنه إذا كذبه الاول رجع إلى الاصل وهى مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره .

(فصل) وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره فالقول قوله لأن الأصل الحرية ، وإن طلب المدعى يمينه فهل يحلف ؟ يبنى على القولين فى إقراره بالرق ، فان قلنا يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق ، وإن قلنا لا يقبل لم يحلف ؛ لأن اليمين انما تعرض ليخاف فيقر ، ولو أقر لم يقبل فلم يكن فى عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق .

(الشرح) اذا جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه أو عبداً ، لأن اقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه فيما اذا كان المجنى عليه عبداً أو حراً فقبل اقراره فيه . وان كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته ، لأن ذلك مضر به ، فان كان أرشها أكثر من قيمته وكان فى يده مال استوفى منه وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله فى اسقاط الزيادة ، لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل تجب الزيادة فى بيت المال لأن ذلك كان واجباً للمجنى عليه فلا يقبل قوله فى اسقاطه .

وان جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجانى حراً سقط ، لأن الحر لا يقاد منه للعبد ، وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص . واذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وان كانت مخالفة لظاهر الدار ، فان لم تكن له بينة فلا شيء له ، أما اذا ادعاه بعد بلوغه فأنكر اللقيط فالقول قوله لاستصحاب الاصل وهو الحرية ، وهى حق لله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الوقف

الوقف قربة مندوب اليها لما روى عبد الله بن عمر أن عمر رضى الله عنه « أتى النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد ملك مائة سهم من خيبر ، فقال : قد أصبت مالا لم أصب مثله ، وقد أردت أن أتقرب به الى الله تعالى ، فقال : حبس الاصل وسبل الثمرة » .

﴿ فصل ﴾ ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والاثاث والسلاح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أنه ذكر للنبي (ص) أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب ، يعنى الصدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما نقم ابن جميل الا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله . فأما خالد فانكم تظلمون خالداً ، ان خالداً قد حبس أدرعه وأعتده معاً فى سبيل الله » ، ولأنه لما أمر عمر رضى الله عنه بتحبيس الاصل وتسبيل الثمرة ، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به .

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام ، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان ، لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام ، ولا يجوز وقف الحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح فى الحمل وحده كالبيع

{ فصـل } واختلف أصحابنا فى الدراهم والدنانير . فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها ، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها . واختلفوا فى الكلب فمنهم من قال لا يجوز وقفه لأن الوقف تمليك والكلب لا يملك . ومنهم من قال يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفى الكلب منفعة فجاز وقفه ، واختلفوا فى أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لأنه ينتفع بها على الدوام فهى كالأمة القنة ، ومنهم من قال لا يجوز لأنها لا تملك

{ فصـل } ولا يصح الوقف إلا فى عين معينة ، فإن وقف عبداً غير معين أو فرسا غير معين فالوقف باطل لأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح فى عين فى الذمة كالعتق والصدقة .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه بلفظ « أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال : يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى ؟ فقال : إن شئت حبست أصلها ؛ وتصدقت بها ، فتصـدق بها عمر — على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث — فى الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول » وفى لفظ « غير متأثل مالا »

وفى حديث عمرو بن دينار عند البخارى قال فى صدقة عمر « ليس على الولى جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً له غير متأثل » قال « وكان ابن عمر هو يلى صدقة عمر ويهدى لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم » وللحديث روايات للبيهقى والطحاوى والدارقطنى .

وروى النسـائى وابن ماجه والشافعى عن ابن عمر ، وهو متفق عليه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، قال عمر للنبى صلى الله عليه وسـلم « إن المائة سهم التى لى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلىّ منها ، وقد أردت أن أتصدق بها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احبس أصلها وسبل ثمرتها »

وأما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ «بعث رسول الله (ص) عمر على الصدقة فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبي (ص) فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً ، قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى . وأما العباس فهي عليّ ومثلها معها . ثم قال : يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه» ، وأخرجه البخاري وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له في العباس . وأخرجه أبو داود الطيالسي من حديث أبي رافع وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر «إنا كنا تعجلنا صدقة مال العباس عام الأول» وأخرجه الطبراني والبزار وفي اسناده محمد بن ذكوان ، وهو ضعيف . ورواه البزار من حديث موسى بن طلحة عن أبيه نحوه . وفي إسناده الحسن بن عمارة وهو متروك .

ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس ، وفي إسناده مندل بن علي والعرزمي وهما ضعيفان .

أما اللغات فالوقف مصدر وقف يقف ؛ ووقفته أنا يتعدى ويلزم ، ووقفت الدار حبستها في سبيل الله ، وشيء موقوف ووقف تسمية بالمصدر ، والجمع أوقاف ، كثوب وأثواب ، ولا يقال أوقفت إلا في الكلام ، فتقول فأوقفت عن الكلام .

وقوله «حبس الأصل وسبل الثمرة» الحبس ضد الإطلاق ، أي اجعله محبوسا لا يباع ولا يوهب . وسبل الثمرة ، أي اجعل لها سبيلا ، أي طريقا لمصرفها ، والأثاث متاع البيت ، قال الله تعالى «أثاثا ومتاعا الى حين» .

وقوله «ما نقم ابن جميل» نقم من باب ضرب نقما ونقوما ، وفي لغة من باب تعب ، ومعناه كره الشيء وعابه أشد العيب ، وفي التنزيل «وما تنقم منا» على اللغة الأولى ، أي وما تطعن فينا وتقدح ، وقيل ليس لك عندنا ذنب ولا ركبنا مكروها .

والأعتدة جمع عتاد وهو أهبة الحرب من السلاح والذخيرة وغيرهما يقال: أخذ للأمر عدته وعتاده أي أهبته وآلته.

أما الأحكام: فقد استدل المصنف بحديث ابن عمر على صحة وقف المشاع وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف ومالك، لأن عمر وقف مائة سهم بخيبر ولم تكن مقسومة، وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشريكين فيلزم مع وقف أحد الشريكين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكا وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفا، فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الأعبد كما صح هنا، وإذا صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال.

وقد استدل البخاري على صحة وقف المشاع بحديث أنس في قصة بناء المسجد وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ثامنوني حائطكم، قالوا: لا نطلب ثمنه إلا إلى الله عز وجل، وهذا ظاهر في جواز وقف المشاع ولو كان غير جائز لأنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم قولهم هذا وبين لهم الحكم.

على أن الوقف عند أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحته قال جابر رضي الله عنه لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ولم ير شريح الوقف وقال: لا حبس عن فرائض الله، وقال أحمد: وهذا مذهب أهل الكوفة، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم، وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس، وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم.

واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده النبي صلى الله عليه وسلم ثم ماتا فورثهما. رواه المحاملي في أماليه، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة

من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضى الله عنهم فإنه صلى الله عليه قال لعمر فى وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذى العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي (ص) وغيرهم . لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم فى ذلك اختلافا .

قال الحميدى شيخ البخارى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق على بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط ، وداره بمكة على ولده ، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده قال : فذلك كله إلى اليوم اه .

فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعا ، ولانه إزالة ملك يلزم بالوصيه ، فاذا انجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ؛ وأجيب عن حديث عبدالله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف والظاهر أنه جعله صدقه غير موقوف ، استناب فيها النبي صلى الله عليه وسلم فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليهما ولذلك لم يردها عليه ، إنما دفعها اليهما ، ويحتمل أن الحائط كان لهما ، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابه عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنهما فلم ينفذاه ، وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فرده اليهما والقياس على الصدقه لا يصح لانها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم ، وانما تفتقر الى القبض ، والوقف لا يفتقر اليه فافترقا ، فإذا صح الوقف فقد زال به ملك الواقف على المشهور من مذهبنا . والصحيح من مذهب أحمد ، وكذلك المشهور من مذهب أبي حنيفة . وعن مالك : لا يزول ملكه ، وهو قول لاحمد . وحكى قولا للشافعى لقول النبي (ص) « حبس الاصل وسبل الثمرة » .

وأجيب على القول ببقاء الملك بأن الوقف سبب يزيل التصرف فى الرقبه والمنفعه ، فأزال الملك كالعتق ؛ ولأنه لو كان ملكه لرجعت اليه قيمته كالملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث ،

وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

إذا صح هذا فما ينتفع به باتلافه كالمطعوم والمشروب والمشموم فوقفه غير جائز ، وكذلك الشمع ، وكذلك كل مايسرع اليه الفساد وكل مالا يمكن الانتفاع به على الدوام وقد ألحق الحنابلة ، الدراهم والدنانير بالمأكول والمشروب ، ويحكى شيء عن مالك والأوزاعى فى وقف الطعام أنه يجوز ، ولم يحكه أصحاب مالك ، وهذا غير صحيح ، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة ومالا ينتفع به الا بالاتلاف لا يصح فيه ذلك ولا يصح فى المشموم مقطوفا ويصح فيه مزروعا لبقائه مدة كما قاله النووى وغيره ، ولهذا قال ابن الصلاح والخوارزمى يصح وقف المشموم كالريحان وغيره وكالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لاستهلاكه بالمنفعة وقد اختلف أصحابنا فى الدراهم والدنانير فمن قال بجواز أن تكون لها ثمرة دائمة كالإجارة أجاز وقفها ، ومن قال بعدم جواز الإجارة ، قال بعدم جواز الوقف فيها ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن فى الغصب فلم يجز الوقف له وأجاز الأصحاب وقف الدراهم والدنانير حلياً وللعارية لما روى نافع قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، رواه الخلال باسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ، ولأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار ، وإلى هذا ذهب أصحاب أحمد .

وروى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة فى وقفه ، وذكره ابن أبى موسى ، ووجه هذه الرواية أن التحلى ليس هو المقصود الأصلى من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم .

قال ابن قدامة : والأول هو المذهب ، والتحلى من المقاصد المهمة ، والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع فى إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك ، ويفارق الدراهم والدنانير ، فان العادة لم تجر بالتحلى به ولا اعتبره الشرع فى اسقاط زكاته ولا ضمان نفعه فى الغصب بخلاف مسألتنا .

(فرع) لا يجوز وقف مالا يجوز امتلاكه كالكلب ولو كلب صيد وكذلك الخنزير كما لا يجوز وقف أدوات اللهو والمعازف ، والكلب إنما أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للقدرة فلا يجوز التوسع فيها . هذا هو الأصح كما قرره النووى فى المنهاج وتابعه جميع الشراح .

كما لا يجوز الوقف إلا على عين معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة وضابط المنفعه المقصودة مايصح استئجاره ، على شرط ثبوت حق الملك فى الرقبه وشمل كلام النووى فى المنهاج وقف الموصى بعينه مدة والمأجور ، وان طالت مدتهما ونحو الجحش الصغير وإن لم تكن لأولئك منفعة حالا ، ولا يصح وقف حيوان أو متاع أو ثياب فى الذمه لان حقيقته إزالة ملك عن عين ، نعم يجوز التزامه فيها بالنذر وبهذا كله قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وماجاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع لان عمر رضى الله عنه وقف مائة سهم من خيبر باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعه ، والمشاع كالمقسوم فى ذلك ، ويجوز وقف علو الدار دون سفلها وسفلها دون علوها ، لانهما عينان يجوز وقفهما ، فجاز وقف أحدهما دون الاخر كالعبدين .

(فصل) ولا يصح الوقف إلا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والاقارب ، فان وقف على ما لاقربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح ، لان القصد بالوقف القربة ، وفيما ذكرناه إعانه على المعصيه ، وإن وقف على ذمى جاز لانه فى موضع القربه ، ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه ، وفى الوقف على المرتد والحربى وجهان .

(أحدهما) يجوز لانه يجوز تمليكه فجاز الوقف عليه كالذمى .

(والثانى) لا يجوز ، لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه ، والمرتد والحربى مأمور بقتلهما فلا معنى للوقف عليهما ، وإن وقف على دابة رجل ،

ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، لأن مؤنتها على صاحبها ، والثانى : يجوز لانه كالوقف على مالكها .

(فصل) ولا يجوز أن يقف على نفسه ، ولا أن يشرط لنفسه منه شيئا . وقال أبو عبد الله الزبيرى [1] : يجوز لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة وقال « دلوى فيها كدلاء المسلمين » وهذا خطأ لان الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه لان ذلك وقف عام ويجوز أن يدخل فى العام ما لا يدخل فى الخاص ، والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى المساجد وهى وقف على المسلمين ، وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة ولان فى الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ولا يدخل فى الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما .

(فصل) ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لانه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة .

(فصل) ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين والوقف على من يختاره فلان لانه تمليك منجز فلم يصح فى مجهول كالبيع والهبة .

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه مضى تخريجه وبعض فقهه ولما تكلم المصنف عن منع وقف غير المعين ناسب أن يردفه بحكم المشاع ، وبجوازه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وأحمد ، وقال محمد بن الحسن : لا يصح ، وبناه على أصله فى أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصح فى المشاع ، وخبر عمر هو أول وقف شرع فى الاسلام حيث لم يكن وقف فى الجاهليه .

وقال الشافعى رضى الله عنه إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية . وقيل إن أول وقف ما وقفه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أموال مخيريق التى أوصى بها له فى السنة الثالثة .

---

(١) فى نسخ المهذب المتداولة الزبيدى وصوابه الزبيرى . المطيعى

وصحح أصحابنا وقف المشاع وإن جهل قدر حصته أو صفتها ، لأن وقف عمر كان مشاعا ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعا كالبيع ، أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المفرز ، ولا نسلم اعتبار القبض .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يوقف جزءاً من داره أو علويها أو سفليها . وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم ، لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزءين .

(فرع) إذا لم يكن الوقف على بر أو معروف فهو باطل ، وبيان ذلك أنه لا يصح إلا على ولده وأقاربه ورجل معين ، أو بناء المساجد والجسور والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات ولا يصلح على غير معين كرجل وامرأة ، لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار لعبدتها والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر ، وهذه الكتب مبدلة منسوخة . ولذلك غضب النبى صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شىء من التوراة وقال « أفى شك أنت ياابن الخطاب ؟ » وفى رواية « أمتهوكون أنتم ؟ والله لو كان موسى حياً ما وسعه إلا اتباعى » وفى رواية « ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخى حياً ماوسعه إلا اتباعى » فلولا أن ذلك معصية ماغضب صلى الله عليه وسلم منه .

والوقف على قناديل البيعة أو معابد البوذيين أو دور الهندوك أو محافل البهائيين أو القاديانيين أو أى معبد يقوم على غير أصل الإسلام وخلوص الوحدانية من شوائب الزيغ باطل .

وقال أحمد بن حنبل فى نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى ، فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم .

وهذا هو مذهب الشافعى رضى الله عنه ولا نعلم فيه خلافا ، ولأن مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمى كالوقف على غير معين .

فإن قيل : فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم ننقض ما فعلوه ، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك فى الموقوف على وجه القربة ، فإذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق ، وقد أفتى أحمد رضى الله عنه فى نصرانى أشهد فى وصيته أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ماعليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجره خدمة مبلغ أربع سنين . وروى عنه قال : هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية .

وظاهر كلام المصنف التفرقه بين الذمى ومعابد الكفار ، حيث يقول : وإن وقف على ذمى جاز الخ . قلت هذا مبنى على أصل أن الوقف لا يصح على من لا يملك ، كالوقف على القن وأم الولد والجن والملائكة ولأنه يجوز التصدق عليه أما الوقف على المرتد والحربى فى صفوف الأعداء فوجهان . فمن جعله كالذمى أجاز الوقف عليه .

ومن قال إن القصد من الوقف نفع الموقوف عليه ونحن مأمورون بقتل المرتد والحربى ، وهذا أقصى درجات الحرمان وهو فقد الحياة ، فكيف يجوز إيصال المنفعة اليه ؟ ولأن أموال المرتدين والمحاربين مباحة فى الأصل ، ويجوز أخذها بالقهر والغلبة ، فما يتجدد لهم أولى على أن الوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحبيس الأصل

وفارق أهل الذمة فانه يصح الوقف عليهم لانهم يملكون ملكا محترما ، ولان صفيه أم المؤمنين وقفت على أخ لها يهودى ، ولأن من جاز أن يقف الذمى عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا لأن الوقف عليهم لا على الموضع

(فرع) لا يجوز أن يخص نفسه بالوقف وكذلك اذا جعله عاماً وجعل لنفسه شيئا منه فإنه لايجوز وقيل يجوز ، واستدل القائلون بجوازه ، ومنهم أبو عبدالله

الزبيرى وابن حجر العسقلانى فى فتح البارى بحديث بئر رُومة ، وهو عن عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال « من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ، فاشتريتها من صلب مالى » رواه النسائى والترمذى وقال : حديث حسن ، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه .

وفى رواية للبغوى فى كتاب الصحابة من طريق بشر بن بشير الأسلمى عن أبيه أنها كانت لرجل من بنى غفار عين يقال لها رومة . وكان يبيع منها القربة بمد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : تبيعنيها بعين فى الجنة ؟ فقال يارسول الله ليس لى ولا لعيالى غيرها ، فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم . ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أتجعل لى ما جعلت له ؟ قال نعم قال قد جعلتها للمسلمين . وللنسائى من طريق الأحنف عن عثمان قال : اجعلها سقاية للمسلمين وأجرها لك ، وزاد أيضا فى رواية من هذه الطريق أن عثمان قال ذلك وهو محصور وصدقه جماعة منهم على بن أبى طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبى وقاص

وفى قوله : فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين ، الدليل على جواز أن يجعل الواقف لنفسه نصيباً فى الوقف . قالوا ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف ، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره . هكذا قالوا . قال ابن حجر فى فتح البارى : ويستنبط منه صحة الوقف على النفس وهو قول ابن أبى ليلى وأبى يوسف وأحمد فى الأرجح عنه . وقال به ابن شعبان من المالكية ، وجمهورهم على المنع إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيراً بحيث لا يتهم أنه قصد حرمان ورثته . ومن الشافعية أبو العباس بن سريج وطائفة . وصنف فيه محمد بن عبد الله الأنصارى شيخ البخارى جزءاً ضخما ، واستدل له بقصة عمر هذه ، وبقصة راكب البدنة ، وبحديث أنس فى أنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، ووجه الاستدلال به أنه أخرجها عن ملكه بالعتق وردها اليه بالشرط . اهـ

وقد حكى جواز الوقف على النفس ابن شبرمة والزبيرى ، وعن الشافعى

ومحمد بن الحسن أنه لا يصح الوقف على النفس ، قالا لأنه تمليك فلا يصح أن يتملكه لنفسه من نفسه كالبيع والهبة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « سبّل الثمرة » وتسبيلها تمليكها للغير .

قال ابن حجر: وتعقب بأن امتناع ذلك غير مستحيل ، ومنعه تمليكه لنفسه إنما هو لعدم الفائدة . والفائدة في الوقف حاصلة لأن استحقاقه إياه وقفا . اه

قلت : وقد استدل القائلون بصحة الوقف على النفس بحديث الرجل الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم « عندي دينار ، فقال تصدق به على نفسك » رواه أبو داود والنسائي .

وقال ابن قدامة : قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله — يعني أحمد بن حنبل — يشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه ؟ قال نعم . واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر . اه . ودليل المانعين وهم مالك والشافعي ومحمد بن الحسن أنه إزالة ملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئا واشترط أن ينتفع به .

وقال النووي في المنهاج « ويصح على ذمي لا مرتد وحربي ونفسه في الاصح » وقد فهم بعض الشراح كما يقول الرملي من هذا أن النووي صحح الوقف لنفسه ، والذي يتبادر إلى الفهم من كلام النووي أن عطف نفسه يرجع على المعطوف عليه وهو ذمي المقول بصحة الوقف عليه ، ولكن الرملي رحمه الله قال : لتعذر تمليك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة ، إذ استحقاقه وقفاً غيره ملكا الذي نظر له مقابل الأصح . واختاره جمع ، ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه ، أو انتفاعه به أو شربه منه أو مطالعته في الكتاب ، أو طبخه في القدر أو استعماله من بئر أو كوز وقف ذلك على الفقراء ؟فيبطل الوقف بذلك ، خلافا لبعض الشراح هنا ، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان في وقفه لبئر رومة دلوي فيها كدلاء المسلمين .

قال : وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط ، بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام ، كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها . نعم ، لو شرط أن يضحى عنه صح أخذاً من قول الماوردى وغيره بصحة شرط أن يُحَجَّ عنه منه ، أى لأنه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضر ، بل هو المقصود من الوقف ، ولو وقف على الفقراء مثلا ثم صار فقيراً جاز له الاخذ منه . وكذا لو كان فقيرا حال الوقف ، كما فى الكافى واعتمده السبكى وغيره ، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجرة المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح

ومن حيل الفقهاء الذين يمنعون الوقف بهذه الصورة أن ابن الرفعة وهو من كبار الفقهاء وقف على الأفقه من بنى الرفعة ، فعنى بذلك نفسه ؛ أو يأتى آخر ويقف على أولاد أبيه الذين من صفاتهم كيت وكيت ويضفى صفات نفسه على المنتفع من الوقف فينصرف ذلك الى نفسه ، وقد صحح هذه الحيلة الرملى وقال : وهو الأوجه وإن خالف فى الإسنوى وغيره تبعاً للغزالى والخوارزمى فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح .

(فرع) إذا وقف على من لا يصح تمليكه أو غير مؤهل للملك ، لأن الوقف تمليك منفعة ، وضرب مثلا بالعبد والحمل ، لأن الجنين لا يملك شيئا ، كما لا يصح الوقف على مجهول أو معدوم كعلى مسجد سيبنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير . ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه بموضعه ولا على ميت لأن الوقف تسليط فى الحال بخلاف الوصية ، كما لا يصح الوقف على بهيمة مجهولة بأن أطلق بغير تعيين ، وقيل هو وقف على مالكها ، ومن ثم لا يصح على الوحوش ولا على الطيور المباحة ، ولو كانت معينة على نزاع فى الجزم به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن

يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء أو يخرج منه من شاء لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة .

(فصل) ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يجز إلى مدة كالعتق والصدقة

(الشرح) الأحكام : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط فى الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس ، أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم لى غائبى ونحو ذلك . ولا نعلم فى هذا خلافا ، لأنه نقل الملك فيما لم يبن على التغليب والسراية ؛ فلم يجز تعليقه بالموت ، وتعليقه بشرط فى الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله : دارى وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة ، لأنه ينافى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه التأبيد .

والوجه الآخر عندهم يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء ، فإن حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء .

وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا ، لأنه ينافى مقتضى الوقف . ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع . وإن شرط الخيار فى الوقف فسد . هكذا قال الشافعى ونص عليه أحمد

وقال أبو يوسف فى رواية عنه يصح ؛ لأن الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط ينافى مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح الخيار فيه كالعتق ، ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ، ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهى نوع من البيع . ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار

أو التصرف ، وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا .

وإن شرط فى الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم ، لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع .

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يقول : وقفت هذا على الفقراء أو على مسجد مثلا سنة مثلا ، وبطلانه من فساد صيغته ، إذ أن وضع الوقف على التأبيد فإذا جعله الى مدة كان باطلا كالعتق والصدقة ، وسواء فى ذلك طويل المدة وقصيرها وقد بحث الأذرعى كما فعل الزركشى جوازه إذا وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد البقاء اليه ؛ كما تقرر أنه لا أثر لتوقيت الاستحقاق ، كقوله وقفته على زيد سنة ثم على الفقراء ، أو إلا أن يولد لى ولد ، كما نقله البلقينى عن الخوارزمى وجزم به ابن الصباغ وجرى عليه فى الأنوار والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع ، وذلك من وجهين :

(أحدهما) أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما أشبهها (والثانى) أن يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض ؛ مثل أن يقف على رجل بعينه ، ثم على الفقراء أو على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء ، فأما إذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء كالوقف على عبده أو على ولده ولا ولد له فالوقف باطل لأن العبد لا يملك والولد الذى لم يخلق لا يملك فلا يفيد الوقف عليهما شيئا .

وإن وقف وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه ، أو على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه ففيه قولان

(أحدهما) أن الوقف باطل ، لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام ، وهذا لا يوجد فى هذا الوقف ، لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه .
(والثانى) انه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس الى الواقف : لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد ؛ فحمل فيما سماه على ما شرطه

وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كأنه وقف مؤبد . ويقدم المسمى على غيره فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب النـــاس إلى الواقف ، لأنه من أعظم جهـات الثواب . والدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا صدقة وذو رحم محتاج »

وروى سلمان بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صـدقتك على المساكين صدقة ، وعلى ذي الرحم اثنتان ، صدقة وصلة » وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والاغنياء ؟ فيه قولان

(أحدهما) يختص به الفقراء ، لأن مصرف الصدقات الى الفقراء .

(والثـاني) يشترك فيه الفقراء والأغنياء : لأن فى الوقف الغنى والفقير سواء ، وإن وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم على الفقراء ، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء ، ففيه طريقان . من أصحابنا من قال : يبطل قولا واحداً لأن الاول باطل والثانى فرع لأصل باطل فكان باطلا . ومنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه (والثانى) أنه يصح لأنه لما بطل الاول صار كأن لم يكن . وصار الثانى أصلا . فإذا قلنا إنه يصح فإن كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف إلى من بعده وهم الفقراء ، لأنه لا يمكن اعتبار انقراضه فسقط حكمه ، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ينقل فى الحال إلى من بعده ، لأن الذى وقف عليه فى الابتداء لم يصح الوقف عليه ، فصار كالمعدوم (والثانى) وهو المنصوص : أنه للواقف ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه ، ثم يجعل لمن بعده لأنه لم يوجد شرط الانتقال إلى الفقراء ، فبقى على ملكه .

(والثالث) أن يكون لأقرباء الواقف الى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل للفقراء ، لأنه لا يمكن تركه على الواقف لأنه أزال الملك فيه ؛ ولا يمكن أن يجعل للفقراء لأنه لم يوجد شرط الانتقال اليهم فكان أقرباء الواقف أحق وهل يختص به فقراؤهم ؟ أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ على ما ذكرنا من القولين .

(فصل) وإن وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان :

(أحدهما) أن الوقف باطل لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً ، كما لو قال : بعت داري ووهبت مالي .

(والثاني) يصح وهو الصحيح لأنه إزالة ملك على وجه القربة فصح مطلقا كالاضحية ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء ، وقد بيناه

(الشرح) الحديث الاول جزء من حديث طويل عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « والذى بعثنى بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم اليتيم ولان له فى الكلام ورحم يتمه وضعفه ولم يتطاول على جاره بفضل ما آتاه الله . وقال : يا أمة محمد والذى بعثنى بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون الى صلته ويصرفها إلى غيرهم ، والذى نفسى بيده لا ينظر الله اليه يوم القيامة » رواه الطبرانى فى الاوسط .

قال الهيثمي فى مجمع الزوائد : وفيه عبد الله بن عامر الأسلمى ، وهو ضعيف . وقال أبو حاتم ليس بالمتروك . أما بقية رجاله فثقات .

أما حديث سلمان بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ « الصدقة على المسلمين صدقة ، وهى علىَ ذى الرحم ثنتان صدقة وصلة » رواه أحمد وابن ماجه والترمذى والنسائى وابن حبان والدارقطنى والحاكم وحسنه الترمذى

أما الاحكام: فإنه لا يجوز إلا على سبيل مراد للتأبيد لا للانقطاع ولا يتحقق هذا الا إذا جعل وقفه لفئة أو طائفة لا تنقرض ، فإذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم ينتقل اليهم مادام أحد من القوم أو من نسلهم باقيا ، لأنه رتبه للمساكين بعدهم والمساكين من الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين ، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذى يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ؛ ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين فى مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الاذى تناولهما جميعاً ، وجاز الصرف الى كل

واحد منهما . فإذا وقفه وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء، كعلى رجل . أو رجل ونسله ففيه وجهان :

(أحدهما) البطلان لأنه منقطع . وهو لا يجوز إلا على الدوام .

(والثانى) أنه يجوز لإمكان صرفه إلى أقرب الناس الى الواقف وإن كانوا أغنياء . وهذا هو أحد القولين عندنا وبه قال أحمد وأصحابه . والثانى يقدم الفقراء منهم وأكثرهم حاجة .

ويحتمل أن يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء . فجزء يصرف إلى الغزاة فى سبيل الله وجزء يصرف إلى أقرب الناس اليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته . وهم خمسة أصناف لأنهم أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن ، فكان من نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره وإن ساواه فى الحاجة .

(فرع) سبق أن قررنا أن الوقف على من لا يملك باطل ، فإذا وقف وقفاً متصلا غير منقطع فى دوامه واستمراره إلا أنه منقطع فى ابتدائه بأن وقفه على عبد أو جنين فى بطن أمه على أن يؤول بعد ذلك إلى الفقراء . فلأصحابنا طريقان ، الأول يبطل لبطلان أوله قولا واحداً . والثانى يصح لصحة استمراره ودوامه فيصير أوله كأن لم يكن ويصرف الوقف على وجهه الصحيح

وقد بحث الرملى فى شرحه على المنهاج المسألة فقال : ولو قال وقفت على أولادى أو على زيد ثم نسله أو نحوهما مما لا يدوم ولم يزد على ذلك فالأظهر صحة الوقف ، لأن مقصوده القربة والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير ، فاذا انقرض المذكور أو لم تعرف أرباب الوقف فالأظهر أنه يبقى وقفاً ، لأن وضع الوقف الدوام كالعتق ، ولأنه صرفه عنه فلا يعود . كما لو نذر هديا الى مكة فرده فقراؤها .

(والثانى) يرتفع الوقف ويعود ملكا للواقف أو الى ورثته إن كان مات ، لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد

فتعين ارتفاعه ، والأظهر ماأفتى به الزين العراقى أن المراد بها فى كتب الاوقاف ثم الاقرب الى الواقف أوالمتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة فلا ترجيح بهما فى مستويين فى القرب من حيث الرحم والدرجة . ومن ثم قال لايرجح عم على خالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقر ، ولا يفضل الذكر على غيره فيما يظهر ولكن بالقرب الى الواقف ، لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات ، فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم اليه ، لأن الاقارب مما حث الشرع عليهم فى جنس الوقف لخبر أبى طلحة : أرى أن تجعلها فى الاقربين . وبه فارق عدم تعينهم فى نحو الزكاة ، على أن لهذه مصرفا عينه الشارع بخلاف الوقف ، ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الريع لصالح المسلمين ، كما نص عليه البويطى فى الاولى ، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم الرازى وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، أو قال : ليصرف من غلته لفلان كذا ، وسكت عن باقيها فكذلك . وصرح فى الانوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد الوقف بخلاف الزكاة .

أما الإمام اذا وقف منقطع الآخر فيصرف لمصالح لا لأقاربه ، كما أفاده الزركشى ، وهو ظاهر .

ولو كان الوقف منقطع الاول كوقفته على من سيولد لى ، أو على مسجد سيبنى ثم على الفقراء مثلا فالمذهب بطلانه لتعذر الصرف اليه حالا ومن بعده فرعه والطريق الثانى فيه قولان : أحدهما الصحة ، وصححه المصنف فى تصحيح التنبيه ولو لم يذكر بعد الاول مصرفا بطل قطعا ، لأنه منقطع الاول والآخر . ولو قال وقفت على أولادى ومن سيولد لى على ما أفصله ، ففصله على الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح ، ولا يؤثر فيه قوله : وقفت على أولادى ومن سيولد لى ، لان التفصيل بعده بيان له ، أو كان الوقف مقطوع الوسط كوقفته على أولادى ثم على رجل ، وأبهم لانه لا يضر تردد فى صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعينه ، اذ لا يتحقق الانقطاع الا مع الإبهام من كل وجه . ثم قال : ثم على الفقراء ، فالمذهب صحته لوجود المصرف حالا ومآلا .

ولو اقتصر على قوله : وقفت كذا ولم يذكر مصرفا ، أو ذكر مصرفا متعذراً كوقفت كذا على جماعة فالأظهر بطلانه .

ولو وقف على شخصين ثم الفقراء مثلا فات أحدهما فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر ، لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم يوجدوا إذا امتنع الصرف اليهم فالصرف لمن ذكره الواقف أولى . والثانى : يصرف إلى الفقراء كما يصرف اليهم إذا ماتا ، ومحل الخلاف ما لم يفصل ، وإلا بأن قال : وقفت على كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكى فلا يكون نصيب الميت منهما للآخر انتقاله للأقرب إلى الواقف .

ولو وقف عليهما وسكت عمن يصرف له بعدهما فهل نصيبه للآخر أو لأقرباء الواقف ؟ وجهان أوجههما كما أفاده الرملى الأول وصححه الأذرعى . ولو ردّ أحدهما أو بان ميتاً فالقياس على الأصح صرفه للآخر . ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم للفقراء ، فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد، قال الماوردى والرويانى لا شيء لبكر وينتقل الوقف من زيد الى الفقراء ، لأنه رتبه بعد عمرو ، وعمرو بموته أولا لم يستحق شيئاً فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئا .

وقال القاضى أبو الطيب : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه ، كما لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء ، فمات ولد الولد ثم الولد يرجع للفقراء .

ويوافقه فتوى البغوى فى مسألة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف فى وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعده عند استحقاقه . قال الزركشى وهذا هو الأقرب .

ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء ، فالاوجه كما صححه الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط ، لأن أولاد الاولاد لم يشرط لهم شيئا وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

واختار ابن أبى عصرون دخولهم ، وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم وفيما ذكرنا كله مذهب أحمد وأصحابه فى الاوجه والاقوال وطرق الترجيح

(فرع) إذا أطلق ولم يعين مصرف الوقف فالصحيح أنه يصح ، لانه إزالة

ملك على وجه التقرب الى الله تعالى ، وما أطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود فى الشرع ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء فيصرف الى أقرب الناس اليه ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الوقف الا بالقول ، فإن بنى مسجداً وصلى فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفا ، لانه إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق ، وألفاظه ستة : وقفت . وحبست . وسبلت . وتصدقت وأبّدت . وحرّمت .

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهى صريحة فيه ، لان الوقف موضوع له ومعروف به ، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع ، فإن النبى (ص) قال لعمر رضى الله عنه : حبس الاصل وسبل الثمرة . وأما التصدق فهو كناية فيه لانه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرده ، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الالفاظ الخمسة بأن يقول : تصدقت به صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة ؛ أو حكم الوقف بأن يقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث صار وقفا ، لانه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف .

وأما قوله : حرمت وأبدت ففيه وجهان (أحدهما) أنه كناية فلا يصح به الوقف الا بإحدى القرائن التى ذكرنا ، لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح الوقف بمجرده كالتصدق (والثانى) أنه صريح لان التأبيد والتحريم فى غير الإبضاع لا يكون الا بالوقف فحمل عليه

(فصل) واذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها لا تباع ولا توهب ولا تورث . ويزول ملكه عن العين .

ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه لا يزول ملكه عن العين ، لان

الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة ، وذلك لا يوجب زوال الملك . والصحيح هو الأول ، لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف فى العين والمنفعة فأزال الملك كالعتق . واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك اليه ، فمنهم من قال : ينتقل الى الله تعالى قولا واحداً ، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة فأزال الملك إلى الله تعالى كالعتق

ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا (والثانى) أنه ينتقل إلى الموقوف عليه لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية تنقل إلى الآدمى كالصدقة

(فصل) ويملك الموقوف عليه غلة الوقف ، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها ، لأنه يملكها ملكا تاماً فوجب زكاتها عليه ، فإن كان حيواناً ملك صوفه ولبنه ، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة ، وهل يملك ما تلده ؟ فيه وجهان (أحدهما) يملكه لأنه نماء الوقف فأشبه الثمرة وكسب العبد (والثانى) أنه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد كحرمة الاستيلاد فى أم الولد ، وإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها ، لأن فى أحد القولين لا يملكها ، وفى الثانى يملكها ملكا ضعيفا فلم يملك به الوطء ، فإن وطئها لم يلزمه الحد لأنه فى أحد القولين يملكها ، وفى الثانى له شبهة ملك . وفى تزويجها وجهان

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف

(والثانى) يجوز لأنه عقد على منفعتها فأشبه الإجارة . فإن قلنا إنها للموقوف عليه كان تزويجها اليه ، وإن قلنا إنها تنتقل الى الله تعالى كان تزويجها إلى الحاكم كالحرة التى لا ولى لها ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه ، لأن له حقا فى منافعها فلم يملك التصرف فيها بغير اذنه ، فإن أتت بولد مملوك كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة

(فصل) وان أتلفه الواقف أو أجنبى فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقين فنهم من قال يبنى على القولين ، فإن قلنا انه للموقوف عليه وجبت القيمة له لأنه

بدل ملكه ، وان قلنا : انه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفا مكانه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : يشترى بها مثله ليكون وقفا مكانه قولا واحداً لأنا وان قلنا انه ينتقل الى الموقوف عليه الا أنه لا يملك الانتفاع برقبته ، وانما يملك الانتفاع بمنفعته ، ولأن فى ذلك ابطال حق البطن الثانى من الوقف ، وان أتلفه الموقوف عليه — فإن قلنا انه اذا أتلفه غيره كانت القيمة له — لم تجب عليه ، لأنها تجب له ، وان قلنا يشترى بها ما يكون وقفا مكانه أخـــذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه .

وان كان الوقف جارية فوطئها رجل بشبهة فأتت منه بولد ففى قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين فى قيمة الوقف اذا أتلف ، وان كان الوقف عبداً فجنى جناية توجب المــال لم يتعلق برقبته ، لأنها ليست بمحل للبيع ، فان قلنا انه للموقوف عليه وجب الضمان عليه . وان قلنا : انه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه . (أحدها) يلزم الواقف ، وهو قول أبى اسحاق وهو الصحيح ، لأنه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الارش بذمته فلزمه أن يفديه كأم الولد (والثانى) أنه يجب فى بيت المال لانه لا يمكن ايجابه على الواقف لانه لا يملكه ولا على الموقوف عليه لانه لا يملكه ، فلم يبق الا بيت المال ، والثالث أنه يجب فى كسبه لانه كان محله الرقبة ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه لانه مستفاد من الرقبة، ويجب أقل الامرين من قيمته أو أرش الجناية لانه لا يمكن بيعه كأم الولد .

(الشرح) خبر عمر معروف ومضى الكلام عليه وافيا ان شاء الله ، أما مقاصد الفصل ، فإن الوقف لا ينعقد الا بالقول لانه طريقنا الى العلم بمراده كالعتق ، وألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة وثلاثة كناية ، فالصريحة وقفت وحبست وسبلت ؛ متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد ، لأن هـذه الالفاظ ثبت لها حكم الاستعمال عرفا بين الناس وشرعا بالاخبار الصحيحة بقول النبى صلى الله عليه وسلم لعمر « ان شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » أو « حبس الاصل وسبل الثمرة » على أى من الروايتين فصارت هذه الالفاظ فى الوقف كلفظ التطليق فى الطلاق

وأما الكناية فهى : تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة ، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة ، فإن الصدقة تستعمل فى الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل فى الظهار والأيمان ، ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه . فإن انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها .

(أحدها) أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول : صدقة محبوسة أو موقوفة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة . أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة .

(الثانى) أن يصفها بصفات الوقف فيقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

(الثالث) أن ينوى الوقف فيكون على ما نوى ، إلا أن النية تجعله وقفاً فى الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما فى الضمائر ، فان اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره . وإن قال : ما أردت الوقف فالقول قوله لأنه أعلم بما نوى ،

قال فى النهاية « ولا يصح الوقف من ناطق لا يحسن الكتابة إلا بلفظ » أما الأخرس فيصح بإشارته . وأما الكاتب فبكتابته مع النية . فلو أنه بنى مسجداً وأذن فيه وصلى فيه ، أو مقبرة وأذن فى الدفن فيها ، فمذهب الشافعى لا يكون ذلك وقفاً إلا إذا اقترن باللفظ صريحاً أو كناية مقترنة بما يزيل لبسها . وقال أحمد فى رواية أبى داود وأبى طالب فيمن دخل بيتا فى المسجد وأذن فيه : لم يرجع فيه ، وكذلك اذا اتخذ المقابر وأذن للناس فيها فليس له الرجوع . وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه .

وذكر ابن قدامه رواية أخرى عن أحمد أنه لا يصير وقفا إلا بالقول ، وقد اجتهد ابن قدامه فى الجمع بين الروايتين وجعلهما قولا واحداً وهو الأخذ باللفظ ، فاذا ثبت هذا فانه متى صح وقفه فقد زالت يده عنه زوال مالك وانقطع بذلك تصرفه . فاذا قلنا بزوال ملكه عن العين وهو الصحيح من المذهب وبه قال

أحمد وأصحابه ، فهل ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم؟ فمن أصحابنا من قال : ينتقل الملك الى الموقوف عليهم ، وهو ظاهر مذهب أحمد حيث يقول : اذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه . وروى عن أحمد أنه لا يملك ، فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ، وانما ينتفعون بغلتها ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لا يملكون ، أى لا يملكون التصرف فى الرقبه ، فان فائدة الملك وآثاره ثابتة فى الوقف

وقال أبو حنيفه : لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقا لله تعالى لأنه ازالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعه ، فانتقل الملك الى الله تعالى كالعتق . وبهذا قال بعض أصحابنا ، وهو الصحيح من المذهب عندنا . والقول الآخر أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف وجه الى من يصح تمليكه على وجه لا يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك اليه كالهبة والبيع ولأنه لو كان تمليك المنفعه المجردة لم يلزم كالعاريه والسكنى ولم يزل الواقف عنه كالعارية . ويفارق العتق فانه أخرجه عن ماليته ، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد ، على أن الاظهر أن الملك فى رقبة الموقوف ينتقل الى الله تعالى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه .

على أن الذى لا نزاع فيه أن الموقوف عليه يملك غلة الوقف ومنافعة لأن ذلك مقصوده ، والمنتفع يستوفيها بنفسه وبغيره باعارة واجارة ان كان ناظراً . والا امتنع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه وذلك كسائر الاملاك ، ومحله ان لم يشرط ما يخالف ذلك . ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أجرت للضرورة بما تعمر به ، اذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة ، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف .

ورجح السبكى أنه ان وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها الا اذا نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات ، ومثل الغرس البناء ،

ولا يبنى ما كان مغروسا وعكسه . وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذى كان عليه حال الوقف ، بخلاف ما يبقى الاسم معه ، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله ، وأفتى الولى العراقى فى علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواش له فى هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضر بجدار الوقف . وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف فى إعادته على ما كان عليه وما زاد فى ماله ، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لا تغير معالم الوقف ، ويملك الأجرة لأنها بدل المنافع المملوكة له ، وقضيته أنه يعطى جميع الأجرة المعجلة ، ولو لمـــدة لا يحتمل بقاؤه إلى انقضائهـا ، كما مر فى الإجارة ، ويملك فوائد الموقوف كثمرة . ومن ثم لزمه زكاتها ، وهو قول مالك والشافعى وأحمد .

وروى عن طاوس ومكحول أنه لا زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب الزكاة فى الخارج منها عليهم كالمسـاكين . على أن الثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة ، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن . وذكر القاضى فى فتاواه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهى ملكه ، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ، أو قد زرعت الأرض فالزرع لذى البذر ، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجرة بقائه فى الأرض وأفتى جمع من المتأخرين فى نخل وقف مع أرضه ثم حدث منه ودى بأن تلك الودية الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها ، وسبقهم لنحو ذلك السبكى فإنه أفتى فى أرض وقف وبها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ ، وفى السنه الثانيه كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج الى إنشائه .

ولو ماتت البهيمة اختص بجلدها لكونه أولى به من غيره ومحله ما لم يدبغ ولو بنفسه وإلا عاد وقفا ، وله مهر الجارية الموقوفة عليه بكراً أو ثيبا إذا وطئت من غير الموقوف عليه بشبهة منها ، كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعلها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت أو نكاح – ان صححناه – لأنه عقد على منفعة فلم يمنعه الوقف كالإجارة . وكذا إن لم نصححه لأنه وطء شبهة هنا أيضا .

والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه ، وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كأرش طرفها ، ولا يحل للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها ويحد الأول به كما حكى عن الأصحاب . قال الرملى : وكذا الثانى كما رجحناه هنا — وهو المعتمد — أما المطاوعة إذا زنى بها وهى مميزة فلا مهر لها .

قال النووى فى المنهاج : والمذهب أنه لا يملك قيمة العبد إذا أتلف . ومعنى هذا أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف من واقف أو أجنبى أو موقوف عليه تعدى باستعماله فى غير ما وقف له أو تلف تحت يد ضامنة له . أما إذا لم يتعد باتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامنا ، كما لو وقع منه صنبور على حوض سبيل فانكسر من غير تقصير ، وفى حال التعدى يشترى الحاكم أو الناظر فى الوقف بقيمة التالف بدله . ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه فيتعين أحد ألفاظ الوقف المارة .

قال الرملى : وقول القاضى أقمته مقامه محل نظر ، وفارق هذا صيرورة القيمة رهنا فى ذمة الجانى بأنه يصح رهنها دون وقفها ، وعدم اشتراط جعل بدل الاضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو فى الذمة ، ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشترى نائب عنهم ، فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية . وأما القيمة هنافليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف مايشترى بها حتى ينتقل الى الله تعالى ، ولا يجوز شراء أنثى مكان ذكر لذا كان الموقوف ذكراً ، كما لا يجوز أن يشترى صغيراً مكان كبير اذا كان الموقوف كبيراً وعكسه ، لان الغرض يختلف بذلك وما فضل من القيمة يشترى به شقص بخلاف نظيره الذى سيأتى فى الوصيه ان شاء الله تعالى لتعذر الرقبة المصرح بها فيها .

فان لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، كما مر نظيره ، بل لنا وجه بصرف جميع ماأوجبته الجنايه اليه . ولو أوجبت قوداًاستوفاه الحاكم ، فان تعذر شراء بدل الموقوف بها فبعض بدله يشترى بها لكونه أقرب الى مقصوده كنظيره من الاضحيه على الراجح

ووجه الخلاف أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الاضحيه ،

ولو جنى الموقوف جناية أوجبت قصاصا أقتص منه وفات الوقف ، أو قصاصا أو مالا وعفى على المال فداه الواقف بأقل الامرين . وله إن تكررت الجناية حكم أم الولد فى عدم تكرر الفداء وسائر أحكامها ، فان مات الواقف ثم جنى الموقوف فمن بيت المال كالحر المعسر ، كما أفتى بذلك الشهاب الرملى . ولو مات الجانى بعد الجناية لم يسقط الفداء . هكذا أفاده الشمس الرملى

ولو جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو زمنت الدابة لم ينقطع الوقف على المذهب ، وان امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام ، بل ينتفع بها جذعا باجارة وغيرها ، ويحتمل أن تباع لتعذر الانتفاع بها على وفق شرط الواقف والثمن الذى بيعت به على هذا الوجه ، كقيمة العبد ، فيأتى فيه ما مر ، فلو لم يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها باحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه ابن الرفعة والقمولى وجرى عليه ابن المقرى فى روضه لكنها لا تباع ولا توهب بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الاضحية

فاذا ثبت هذا فانها لا تصير ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق . ومعنى عدم بطلان الوقف الذى قررناه أنه مادام باقيا لا يفعل به ما يفعل بسائر الاملاك من بيع ونحوه

قال النووى : والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه اذا انكسرت ولم تصلح الا للإحراق اه . وذلك لئلا تضيع وإدراك اليسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها . واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة ويصرف ثمنها لمصالح المسجد ان لم يمكن شراء حصير أو جذع . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتصرف الغلة على شرط الواقف من الاثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير والجمع والترتيب ، وادخال من شاء بصفة واخراجه بصفة ، لأن الصحابة رضى الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم ، فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه صدقة للسائل والمحروم ، والضيف ولذى القربى وابن السبيل ،

وفى سبيل الله ، وكتب على كرم الله وجهه بصدقته ، ابتغاء مرضاة الله ليولجنى الجنة ، ويصرف النار عن وجهى ويصرفنى عن النار ، فى سبيل الله وذى الرحم والقريب والبعيد ، لا يباع ولا يورث ، وكتبت فاطمة رضى الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم : لنساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقراء بنى هاشم وبنى المطلب ،

(فصل) فإن قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والانثى والخنثى ، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه ، فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ؛ وإن وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه .

وقال أبو إسحاق يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج ، ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا تنقضى به العدة ، والمذهب الاول لأن الوقف على ولده وباللعان قد بان أنه ليس بولده ، فلم يدخل فيه . وإن وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده ، فإن قال على نسلى أو عقبى أو ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، قربوا أو بعدوا ؛ لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ، ولهذا قال الله تعالى (ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين ، وزكريا ويحيى وعيسى) فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد ، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب اليه بالام ، فإن وقف على عترته فقد قال ابن الاعرابى وثعلب هم ذريته . وقال القتيبى : هم عشيرته .

وإن وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون اليه . ولهذا قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا ، وبناتُنا بنوهن أبناءُ الرجالِ الاجانب

وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل ، لأنا لا نعلم أنه من البنين فإن وقف على البنات لم يدخل فيه ، لأنا لا نعلم أنه من البنات ، فإن وقف على

البنين والبنات ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل فيه ، لأنه ليس من البنين ولا من البنات (والثانى) أنه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون إبنا أو بنتا . وإن أشكل علينا — فان وقف على بنى زيد — لم يدخل فيه بناته ، فان وقف على بنى تميم وقلنا إن الوقف صحيح ففيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه البنات لأن البنين اسم للذكور حقيقة (والثانى) يدخلن فيه ، لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينتسب اليها من الرجال والنساء .

(فصل) وان قال وقفت على أولادى فان انقرض أولادى وأولاد أولادى فعلى الفقراء لم يدخل فيه ولد الولد ويكون هذا وقفا منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء . ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الاولاد بعد انقراض ولد الصلب لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب ؛ والصحيح هو الأول ، لأنه لم يشرط شيئا ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

(الشرح) قوله الأثرة وهى أن يخص قوما دون قوم ، مثل أن يقف على أولاده فيخص الذكور دون الإناث أو العكس . وأما التقديم والتأخير فيتحقق بأمرين بالمفاضلة ، مثل أن يقول وقفت على أولادى للذكر مثل حظ الأنثيين أو على أن للأنثى الثلثين والذكر الثلث مثلا . والثانى أن يقول على أن البطن الاعلى يقدم على البطن الثانى .

وأما التسوية فأن يسوى بين الغنى والفقير أو بين الذكور والإناث والإطلاق، يقتضى ذلك . وأما الخراج من شاء بصفة فثل أن يقول وقفت على أولادى على أن من اشتغلت بمثله فلا حق لها ، أو من استغنى من أولادى فلا حق له فيه ، ويمكن أن يقول : إذا رجعت عن التمثيل أو افتقر فيرد اليه .

وأما كتاب عمر رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود ، ولفظه حدثنا سليمان المهرى قال : أخبرنا ابن وهب قال : أخبرنى الليث عن يحيى بن سعيد عن صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : نسخها لى عبد الحميد بن عبد الله بن عبد الله ابن عمر بن الخطاب :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما كتب عبد الله عمر فى ثمغ . فقص من خبره نحو حديث نافع قال : غير متأثل مالا . فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم قال وســاق القصة قال : وإن شاء ولى ثمغ اشترى من ثمره رقيقاً لعمله وكتب معيقيب ، وشهد عبدالله بن الأرقم . بسم الله الرحمن الرحيم . هذاماأوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ، أن ثمغاً وصرمة بن الأكوع والعبد الذى فيه : والمائة سهم التى بخيبر ، ورقيقه الذى فيه ، والمائة التى أطعمه محمد صلى الله عليه وسـلم بالوادى ، تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذى القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه ،

وبعد ، فان هذا الفصل يشتمل على أحكام نبحثها مستعينين بالله مستمدين منه التوفيق والســداد فنقول :

إذا وقف على ولده لا يدخل فيه ولد الولد بحال ؛ سواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ؛ لأن الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده لصلبـه ، وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ، ولهذا يصح نفيه . فيقال ما هذا ولدى إنما هو ولد ولدى . وإن قال على ولدى لصلبى فهو آكد . وإن قال على ولدى وولد ولدى ثم على المساكين ، دخل فيه البطن الاول والثانى ولم يدخل فيه البطن الثالث . وان قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم ، وموضع الخلاف الإطلاق .

فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف اليه بغير خلاف كأن يقول : على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الاولاد باتفاق .

وكذلك إن قال : على أولادى أو ولدى وليس له ولد من صلبـه ، أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الاعلم على غيرهم . أو قال : فاذا خلت الارض من عقبى عاد الى المساكين . وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول : على ولدى لصلبى أو الذين يلوننى ونحو هذا فانه يختص بالبطن الاول دون غيرهم .

وقال احمد فى رواية المروذى ، قلت لأبى عبد الله ما تقول فى رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضا فيمن وقف على ولد على بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد على ابن اسماعيل دفع الى ولد ولده ، فمات ولد على بن اسماعيل : دفع الى ولد ولده أيضا لأن هذا من ولد على بن اسماعيل . ووجه ذلك قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فدخل فيه ولد البنين وان سفلوا ، ولما قال « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » فتناول ولد البنين ، وخالف القاضى وأصحابه من الحنابلة ووافقوا مذهب الشافعى رضى الله عنه فيها .

(فرع) اذا قال وقفت هذا على ولدى وولد ولدى ماتناسلوا وتعاقبوا الاعلى فالأعلى أو الأقرب فالاقرب أو الاول فالاول أو البطن الاول ثم البطن الثانى أو قال على أولادى ثم على أولاد أولادى ، أو قال على أولادى فان انقرضوا فعلى أولاد أولادى ، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ، ولا يستحق البطن الثانى شيئا حتى ينقرض البطن كله ، ولو بقى واحد من البطن الاول كان الجميع له ، لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه

فان قال على أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده ، كان ذلك دليلا على الترتيب ، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم ، وهذا ينافى التسوية ، ولأنه يفضى الى تفضيل ولد الإبن على الإبن ، وهذا يخالف إرادة الواقف

فان قال وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم ، أو على أولادى ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا ؛ أو قال على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولاد أولادهم ماتناسلوا فهو على ماقال ، يشترك فيه من شرك بينهم بواو العطف المقتضية للاشتراك بين ما بعدها فى الحكم مع ما قبلها

ففى الصورة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفى الثانية يختص به الولد ، فإذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفى الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم .
ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله .

ويروى عن جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود ، فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء ، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم . وهـذا الحكم راجع إلى اتباع الأصل فى البيع ، وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل ، وبعد التأبير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل فكانت للموجود قبل التأبير لأن الاصل كان له فاستحق ثمرته ، كما لو باع هـذا النصيب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشترى . وهذا الحكم فى سائر ثمر الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق مما ظهر بعد ولادته .

(فرع) إذا وقف على قوم وأولادهم وذريتهم دخل فى الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه . فأما ولد البنات فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنهم يدخلون وقال الخرقى من أصحاب أحمـد : لا يدخلون . وقال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء .

قال ابن قدامة : وهـذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده .

وممن قال لا يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن . وهكذا إذا قال : على ذريتهم أو نسلهم أو عقبهم ، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامـد من الحنابلة : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب أبى يوسف ، لأن البنات أولاده ، فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا فى الوقت لتناول اللفظ لهم .

وقد دل على صحة هـذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ، ومن ذريته داود وسليمان — الى قوله تعالى — وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وادريس ثم قال

(أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى فيهم . وقال النبي (ص) على المنبر « إن ابني هذا سيد يصلح الله على يديه بين فئتين عظيمتين من المسلمين » يعني الحسن بن علي رواه أحمد والبخاري والترمذي عن أبي بكرة رضي الله عنه .

وعن أنس قال « بلغ صفية أن حفصة قالت . بنت يهودي فبكت فدخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم وهي تبكي وقالت : قالت لي حفصة : أنت ابنة يهودي . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إنك لابنة نبي ، وإن عمك لنبي وإنك لتحت نبي فبم تفتخر عليك ؟ ثم قال : اتقي الله يا حفصة » رواه أحمد والترمذي وصححه والنسائي . وفي حديث عن أسامة بن زيد أن النبي (ص) قال لعلي : وأما أنت يا علي فختني وأبو ولدي » رواه أحمد

وعن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال — وحسن وحسين على وركيه « هذان ابناي وابنا ابنتي ، اللهم إني أحبهما فأحبهما وأحب من يحبهما » رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب . وأخرج نحوه الترمذي من حديث البراء بن عازب بدون قوله : هذان ابناي ولفظه « ابصر حسناً وحسيناً فقال : اللهم إني أحبهما فأحبهما » وللشيخين من حديث البراء أيضا بنحوه

ولما قال الله تعالى « وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم » دخل التحريم حلائل أبناء البنات ، ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن ، فإن وقف على عترته فقد قال في المصباح : العترة نسل الإنسان ، قال الأزهري : وروى ثعلب عن ابن الأعرابي أن العترة ولد الرجل وذريته وعقبه من صلبه . ولا تعرف العرب من العترة غير ذلك ، ويقال : رهطه الأدنون ، ويقال : أقرباؤه . ومنه قول أبي بكر رضي الله عنه : نحن عترة رسول الله (ص) التي خرج منها ، وبيضته التي تفقأت عنه . وعليه قول ابن السكيت : العترة والرهط بمعنى . ورهط الرجل قومه وقبيلته الأقربون .

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون اليه . قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وقد أورد المصنف البيت بإبدال القافية والمحفوظ هو ما أثبتناه

(فرع) لا يدخل الولد المنفى بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من الريع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه فى مدة النفى وينتفى الولد بقوله : أشهد بالله لقد زنت وما هذا ولدى ، فينتفى بلعان الزوج وحده خلافاً للحنابلة ، فإنهم لا يعتبرون نفى الزوج وحده ، وانما يعتبرون النفى باللعان التام ، وهو أن يوجد اللعان بينهما جميعاً فلا ينتفى بلعان الزوج وحده . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب اليه دخل فى وقفه كل من ينسب الى ذلك الأب ولا يدخل فيه من ينسب الى أخى الأب أو أبيه ؛ فإن وقف الشافعى رحمه الله لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب لأنهم يعرفون بقرابته ، ولا يدخل فيه من ينسب الى على وعباس بن السائب ولا من ينسب الى السائب لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه ، ويستوى فيه الذكر والانثى لتساوى الجميع فى القرابة ، فان حدث قريب بعد الوقف دخل فيه . وذكر البويطى أنه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطى لانه لا خلاف أنه اذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده .

(فصل) وان وقف على أقرب الناس اليه ولم يكن له أبوان صرف الى الولد ذكراً كان أو أنثى لانه أقرب من غيره ، لانه جزء منه ، فان لم يكن له ولد فالى ولد الولد من البنين والبنات ، فان لم يكن ولد ولا ولد ولد وله أحد الابوين صرف اليه لانهما أقرب من غيرهما ، فان اجتمعا استويا ، فان لم يكونا صرف الى أبيهما الاقرب فالأقرب ، فان كان له أب وابن ففيه وجهان

(أحدهما) أنهما سواء لانهما فى درجة واحدة فى القرب

(والثانى) يقدم الابن لانه أقوى تعصيبا من الاب ، فان قلنا انهما سواء قدم الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه ؛ وان قلنا يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب لأنه أقوى تعصيبا منه ، فان لم يكن أبوان ولا ولد وله اخوة صرف اليهم

لانهم أقرب من غيرهم ، فإن اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا ، وإن كان أحدهما من الاب والام والآخر من أحدهما قدم الذى من الأب والأم لأنه أقرب ، فان لم يكن إخوة صرف الى بنى الإخوة على ترتيب آبائهم . فإن كان له جد وأخ ففيه قولان

(أحدهما) أنهما سواء لتساويهما فى القرب ، ولهذا سوينا بينهما فى الارث .

(والثانى) يقدم الاخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد ، وإذا قلنا إنهما سواء قدم الجد على ابن الاخ ، وان قلنا يقدم الاخ فابن الاخ وإن سفل أولى من الجد ، فان لم يكن إخوة وله أعمام صرف اليهم ثم الى أولادهم على ترتيب الاخوة وأولادهم ، فان كان له عم وأبو جد فعلى القولين فى الجد والاخ ، وان كان له عم وخال أو عمة وخالة أو ولدهما فهما سواء ، فان كان له جدتان إحداهما تدلى بقرابتين والاخرى بقرابة ، فالتى تدلى بقرابتين أولى لانها أقرب ، ومن أصحابنا من قال : ان قلنا ان السدس بينهما فى الميراث استويا فى الوقف

(فصل) وان وقف على جماعة من أقرب الناس اليه صرف الى ثلاثة من أقرب الاقارب ، فان وجد بعض الثلاثة فى درجة والباقى فى درجة أبعد استوفى ما أمكن من العدد من الاقرب وتمم الباقى من الدرجة الابعد ، لأنه شرط الأقرب والعدد فوجب اعتبارهما .

(فصل) وان وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يصرف اليهما لان الاسم يتناولهما (والثانى) يصرف الى المولى من أعلى ، لأن له مزية بالعتق والتعصيب (والثالث) ان الوقف باطل لانه ليس حمله على أحدهما باولى من حمله على الآخر ، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى فى أحدهما بمعنى وفى الآخر بمعنى آخر ، فلا تصح ارادتهما بلفظ واحد فبطل .

(الشرح) الاحكام : الوقف على الاقارب من القرب الى الله تعالى ، يتألف من صلة الرحم والاحسان والبر ، فقد أخرج البخارى ومسلم وأحمد عن أنس أن

أبا طلحة قال « يا رسول الله ان الله يقول : لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ، وان أموالى بيرحاء وانها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله . فقال : بخ بخ ، ذلك مال رابح مرتين وقد سمعت : أرى أن تجعلها فى الاقربين ، فقال أبو طلحة : أفعل يا رسول الله : فقسمها أبو طلحة فى أقاربه وبنى عمه » .

وفى رواية عند أحمد ومسلم « لما نزلت هذه الاية: لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون . قال أبو طلحة : يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى جعلت أرضى بيرحاء لله ، فقال اجعلها فى قرابتك . قال فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى بن كعب» .

وللبخارى معناه وقال فيه « اجعلها لفقراء قرابتك » .

قال محمد بن عبد الله الانصارى : أبو طلحة زيد بن سهل بن الاسود بن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدى بن عمرو بن مالك بن النجار . وحسان بن ثابت بن المنذر بن حرام يجتمعان الى حرام ، وهو الاب الثالث . وأبى بن كعب ابن قيس بن عتيك بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار ، فعمرو يجمع حسانا وأبا طلحة وأبيا ، وبين أبى وأبا طلحة ستة آباء .

وأخرج الشيخان عن أبى هريرة واللفظ لمسلم « لما نزلت هذه الآية : وأنذر عشيرتك الأقربين ، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فاجتمعوا فعم وخص فقال : يا بنى كعب بن لؤى أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى مرة بن كعب أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد شمس أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد مناف أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى هاشم أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد المطلب أنقذوا أنفسكم من النار ، يا فاطمة أنقذى نفسك من النار فانى لا أملك لكم من الله شيئا غير أن لكم رحما سأبلها ببلالها » .

وفى هذا دليل على أن كل من ناداهم النبى صلى الله عليه وسلم يطلق عليهم لفظ الأقربين ، لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ممتثلا لقوله تعالى : وأنذر

عشيرتك الأقربين ، وهو دليل على صحة ما ذهب اليه الشافعي رضى الله عنه من دخول النساء لذكره فاطمة ، ودخول الكفار

وقد اختلف العلماء فى الأقارب ، فقال أبو حنيفة : القرابة كل ذى رحم محرم من قبل الأب أو الأم ، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم . وقال أبو يوسف ومحمد . من جمعهم أب منذ الهجرة من قبل أب وأم من تفصيل زاد زفر ويقدم من قرب . وهو رواية عن ابى حنيفة ، وأقل من يدفع له ثلاثة ، وعند محمد اثنان وعند أبى يوسف واحد ، ولا يصرف للأغنياء عندهم إلا إن شرط ذلك .

وقال أصحابنا : القريب من اجتمع سواء قرب أم بعد ، مسلماً كان أو كافراً ، غنياً أو فقيراً ، ذكراً أو أنثى ، وارثاً أو غير وارث محرما أو غير محرم . واختلفوا فى الأصول والفروع على وجهين . وقالوا : إن وجد جمع محصورون أكثر من ثلاثة استوعبوا . وقيل يقتصر على ثلاثة وإن كانوا غير محصورين . فنقل عن الطحاوى الاتفاق على البطلان .

قال الحافظ ابن حجر : وفيه نظر ، لأن الشافعية عندهم وجه بالجواز ، ويصرف منهم لثلاثة ولا يجب التسوية . وقال أحمد فى القرابة كالشافعى إلا أنه أخرج الكافر . وفى رواية عنه : القرابة كل من جمعه ، والموصى الأب الرابع إلى ما هو أسفل منه . وقال مالك : يختص بالعصبة سواء كان يرثه أو لا ، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ، ثم يعطى الأغنياء

وقد تمسك برواية « فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى كعب » من قال : أقل من يعطى من الأقارب إذا لم يكونوا منحصرين اثنان ، وفيه نظر لأنه وقع فى رواية البخارى فجعلها أبو طلحة فى ذوى رحمه ، وكان منهم حسان وأبى بن كعب ، فدل ذلك على أنه أعطى غيرهما معهما

وفى مرسل أبى بكر بن حزم : فرده على أقاربه أبى بن كعب وحسان بن ثابت وأخيه وابن أخيه شداد بن أوس ونبيط بن جابر ، فتقاوموه فباع حسان حصته من معاوية بمائة ألف درهم .

إذا ثبت هذا فإنه إذا وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته منتسبا إلى أبيه ، ولا يدخل فيه من ينسب الى عمه ، فإذا وقف الإمام الشافعى رضى الله عنه

لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب لأنه أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد الله بن يزيد بن هاشم ابن المطلب بن عبد مناف بن قصي القرشي ، وقد أعقب السائب بن عبد الله شافعاً وعليا وعباسا ؛ ومن ثم فإن أبناءهم لا يدخلون فى وقف الشافعى لأقاربه فإن أعقبوا بعد الوقف دخل عقبهم مثلهم أيضا ، ولا خلاف أن ما يحدث من أولادهم بعد استحقاقهم يدخل معهم فى الاستحقاق خلافا للبويطى

فان وقف لأقاربه وكان له أولاد قدموا على غيرهم ثم على أولادهم . وان قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف . وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لاخيه وابنى اخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم ان مات أحد ابنى الإبن عن غير ولد انتقل نصيبه الى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف .

وإن مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابنى أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا ، فاذا مات أبوهما فنصيبه لهما ، فاذا مات الثالث كان نصيبه لإبنى أخيه بالسوية إن لم يخلف ولداً ، وإن خلف إبناواحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولإبنى عمه النصف لكل واحد الربع

وإن قال : من مات منهم من غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو فى درجته ، فان كان الواقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذى هو منه . وإن كان مشتركا بين البطون كاما احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم فى استحقاق الوقف سواء فكانوا فى درجته من هذه الجهة . وإن كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من هو فى درجته ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه ، سواء كان

من بطن واحد أو من بطون ، وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف أو اختلفت لما ذكرنا

(والثانى) أن يكون لأهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الإبنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحى ، فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه

(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف ، فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه ، فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين ووقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم .

وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ، ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذى صرف الله تعالى اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذلك يصرف اليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفا ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »

فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم . وعلى هذا ذكر أصحاب أحمد أن المقصود بالوقف هو التأبيد ، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف اليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الخرقى منهم أن يصرف اليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون قوله متفقا مع قول أبى يوسف .

والرواية الثانية عن أحمد يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ، ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضا .

ونازعه فى هذا ابن قدامة فى مغنيه وقال : لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة والأولى صرفه إلى المساكين وفى نزاعه نظر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقراء فمات زيد صرف الى من بقى من أهل الوقف ، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء . وقال أبو على الطبرى : يرجع إلى الفقراء ، لأنه لما جعل لهم إذا انقرضوا وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقرض ، والمنصوص فى حرملة هو الأول لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء ، لأنه قبل انقراضهم لم يوجد شرط النقل الى الفقراء ، ولا يمكن رده إلى الواقف لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به .

(فصل) وإن وقف مسجداً فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه ، لم يعد الى الملك ، ولم يجز له التصرف فيه ، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو أعتق عبداً ثم زمن ، وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعا على مسجد فتكسرت ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بيعه لما ذكرناه فى المسجد (والثانى) يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ؛ فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه . فإن قلنا تباع كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى توجد من متلف الوقف وقد بيناه . وإن وقف شيئا على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع ، ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان .

(فصل) وإن احتاج الوقف الى نفقة أنفق عليه من حيث شرط الواقف لأنه لما اعتبر شرطه فى سبيله اعتبر شرطه فى نفقته كالمالك فى أمواله ، وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة ، فحمل الوقف عليه ؛ وان لم يكن له غلة فهو على القولين إن قلنا إنه لله تعالى كانت نفقته فى بيت المال كالحر المعسر الذى لا كسب له ، وإن قلنا الموقوف عليه كانت نفقته عليه

(فصل) والنظر فى الوقف الى من شرطه الواقف ، لأن الصحابة

رضى الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر ، فجعل عمر رضى الله عنه إلى حفصة رضى الله عنها ، وإذا توفيت فإنه الى ذوى الرأى من أهلها ، ولأن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه .

وإن وقف ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه الى الواقف لانه كان النظر اليه ، فإذا لم يشرطه بقى على نظره (والثانى) أنه للموقوف عليه ، لان الغلة له فكان النظر اليه (والثالث) الى الحاكم لانه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل اليه فكان الحاكم أولى ، فإن جعل الواقف النظر الى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم اليه آخر لان الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

(فصل) اذا اختلف أرباب الوقف فى شروط الوقف وسبيله ولا بينة جعل بينهم بالسوية ؛ فإن كان الواقف حياً رجع الى قوله ، لانه ثبت بقوله فرجع اليه .

(الشرح) بعض هذه الفصول مضى ذكر أحكامها .

أما المسجد فإنه اذا انهدم وتعذرت اعادته فإنه لا يباع بحال لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة فى أرضه ، وبهذا قال مالك رضى الله عنه . وقال الرملى : وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه . نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ ليعمر به مسجد آخر ان رأى الحاكم ذلك ، وان توقع عوده حفظ له ، والا فإن أمكن صرفه الى مسجد آخر صرف اليه ، والا فمنقطع الآخر فيصرف لاقرب الناس الى الواقف ، فان لم يكونوا صرف الى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين .

أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشترى به عقار ويوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها لأنه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه .

ولو وقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع فى الغرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو آجرها كذلك ، وقد أفتى البلقينى فى أرض موقوفة لتزرع حناء

فآجرها لتغرس كرماً ، فإن قوله لتزرع حناء متضمن لاشتراط أن لا يزرع غيره لأن من المعلوم أنه يغتفر فى الضمنى مالا يغتفر فى المنطوق ، على أن الفرض فى مسألتنا أن لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه ، ومسألة البلقينى ليس فيها ضرورة فاحتاج الى التقييد .

وقال أصحاب أحمد : اذا تعطلت منافع الوقف كدار انهدمت أو أرض عادت مواتاًأو مسجد انصرف أهل القرية عنه وصار فى موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه ، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه الا ببيع بعضه ، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وان لم يمكن الانتفاع بشىء منه بيع جميعه .

وقال أحمد فى روايه أبى داود صاحب السنن : اذا كان فى المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه . وقال فى رواية صالح : يحول المسجد خوفاً من اللصوص ، واذا كان موضعه قذراً ، يعنى اذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ، ونص فى رواية عبد الله على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة فى ذلك على الامام . وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع انما تنقل آلتها . وقال محمد بن الحسن : اذا خرب المسجد أو الوقف عاد الى ملك واقفه ، لأن الوقف انما هو تسبيل المنفعة ، فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث ، ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالعتق ، والمسجد أشبه الاشياء بالعتق

(فائدة) لا يصح عندنا وقف لأجل نقش مسجد أو زخرفته ، أما دهانه وملاطه وتجصيصه فجائز ، لقول عمر رضى الله عنه « أكن الناس من المطر وإياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس » أفاده الشمس الرملى فى النهاية

(فرع) اذا كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه ، وأطلق أو قال : كيف شاء ، فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضى له عليها حاجة فلا ينافى ذلك ما قيل فى الاعارة والاجارة وما قيدناه به .

ثم إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع كبقية شروطه ، لما روى أن عمر (رض) ولي أمر صدقته لحفصة ماعاشت ، ثم لأولى الرأى من أهلها ، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه مالم يشرط له شيء من ريع الوقف ، ودعوى السبكي أنه بالاباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد ، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط إلا أن يشترط نظره حال الوقف ؛ فلا ينعزل بعزل نفسه على الراجح خلافا لمن زعم خلافه .

قال الرملي : نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه ، فلو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة ، فإذا لم يشرط الواقف النظر لأحد فالنظر للقاضي الموجود ببلد الموقوف عليه كما مر نظيره في مال اليتيم ، إذ نظره عام فهو أولى من غيره ، ولو كان واقفاً أو موقوفا عليه . وما جزم به الماوردي من ثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة : والخوارزمي في سائر المساجد ، وزاد أن ذريته مثله مردود . هكذا أفاده الرملي

وشرط الناظر العدالة الباطنة مطلقا كما رجحه الأذرعي خلافا لاكتفاء السبكي بالعدالة الظاهرة ، ومن ثم ينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره بخلاف الكذب الذي يمكن أن يكون معذوراً فيه .

وسواء في الناظر أكان هو الواقف أم غيره ؛ ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم ، كما تشترط الكفاية لما تولاه من نظر عام أو خاص وهي الاهتداء إلى التصرف الذي فوض له قياسا على الوصي والقيم ، لأنها ولاية على غيره ، وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم ، هكذا رجحه السبكي وقد أفتى النووي بعدم عود النظر بعود الأهلية مالم يكن نظره بشرط الواقف ، لقوته بالشرط ، إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به ، وعارض فقد الأهلية مانع من تصرفه لا سالب لولايته .

ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته في مكان ثبتت في بقية الاماكن من حيث الأمانة لا من حيث الكفاية إلا أن يثبت أهليته في سائر الاوقاف كما قرره ابن الصلاح .

ووظيفة الناظر حفظ الأصول وثمرتها على وجه الاحتياط كولي اليتيم ،

كما يتولى الاجارة والعمارة والاقتراض على الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذن له فيه الحاكم كما في الروضه وغيرها ، خلافا للبلقيني ، سواء في ذلك مال نفسه وغيره ، كما أنه منوط به تحصيل الغله وقسمتها على مستحقيها ، ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف ، ويجوز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين اشبهه بالزكاة المعجله ، ولو كان له وظيفه فاستناب فيها فالاجرة عليه لا على الوقف وقال الأذرعي : إن الذي نعتقده أن الحاكم لا نظر له معه ولا تصرف ، بل نظره معه نظر إحاطه ورعايه .

فإن فوض الواقف إليه بعض هذه الامور لم يتعده اتباعا للشرط ، ويستحق الناظر ما شرط من الأجرة ، كما يجوز له رفع الامر إلى الحاكم ليقرر له أجرة قال العراقي في تحريره : ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة إما قدر النفقة كما رجحه الرافعي أو الاقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووي ؛ وقد رجح بعض المتأخرين من أصحابنا أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجرة المثل ، وإن كان أكثر من النفقه ، وانما اعتبرت النفقه هناك لوجوبها على فرعه سواء أكان وليا على ماله أم لا ، بخلاف الناظر ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب الحاكم آخر ، وان جعله للأرشد من أولاده فالأرشد ، فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتركوا في النظر بلا استقلال ان وجدت الأهلية فيهم ، لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البينات فيها ويبقى أصل الرشد ، ولو تغير حال الأرشد حين الاستحقاق فصار مفضولا انتقل النظر الى من هو أرشد منه ، ويدخل في الارشد من أولاد أولاده الارشد من أولاد البنات ، وللواقف عزل من ولاه نائبا عنه ان شرط النظر لنفسه ونصب غيره كالوكيل .

وأفتى النووي بأنه لو شرط النظر لانسان ، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر ، لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر اليه بعد موته . قال الرملي : وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التمليك ، وخالفهم السبكي فقال : بل كالتوكيل ، وأفتى السبكي بأن للناظر والواقف من جهته عزل المدرس ونحوه ان لم يكن مشروطا في الوقف ولو لغير مصلحه ، وهو مردود بما في الروضه للنووي أنه لا يجوز للإمام اسقاط بعض الأجناد المثبتين

فى الديوان بغير سبب ، فالناظر الخاص أولى ، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذى هو فرض ، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجه بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ، بل يرد بأن التدريس فرض أيضاً ، وكذلك قراءة القرآن ، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ماذكر من أن الربط به كالتلبس به ، وإلا فشتان مابينهما ، ومن ثم اعتمد البلقينى أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ ، بل هو قادح فى نظره ، وفى شرح المنهاج فى الكلام على عزل القاضى بلا سبب ونفوذ العزل فى الأمر العام : أما الوظائف كأذان وإقامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أفتى به كثير من المتأخرين ، منهم ابن رزين فقال : من تولى تدريسا لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك ، قال الرملى : وهذا هو المعتمد .

وإذا قلنا : لا ينفذ عزله الا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده ؟ الفتوى أكثر المتأخرين بعدمه وقيده بعضهم بما اذا وثق بعلمه ودينه ، وزيفه التاج السبكى بأنه لا حاصل له . ثم بحث أنه ينبغى وجوب بيان مستنده مطلقا أخذاً من قولهم : لا يقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين ، بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب وادعى الولى العراقى أن الحق التقييد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها ، فيجوز أن يختل وأن يظن ما ليس بقادح قادحا بخلاف من تمكن علماً وديناً زيادة على ما يعتبر فى الناظر من تمييز ما يقدح ومالا يقدح ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

ولو طلب المستحقون من الواقف كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخه حفظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم وذلك أخذاً من افتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث اذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره اياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعامله وجب ما شرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف ، زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا ، فإن فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة ان لم يكن له مثل حينئذ والا وجب مثله .

واذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة اجارة صحيحة فزادت الأجرة

فى المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم ينفسخ العقد فى الأصح لوقوعه بالغبطة فى وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الاجرة بعد بيع أو اجارة مال المحجور . والثانى : تنفسخ اذا كان للزيادة وقع ، والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة ، وقد مر فى الاجارة أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز ايجاره بأقل من أجرة مثله وعليه فالاوجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن له فى ذلك .

وأفتى ابن الصلاح فيما اذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها أجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت أجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطؤهما لان تقويم المنافع المستقبلة انما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف مالو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لم يوافق تقويمه الصواب ولو حكم حاكم بصحة اجارة وقف ، وأن الاجرة أجرة المثل ، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والاجارة .

(فرع) نفقة الوقف من حيث شرط الواقف لأنه لما اتبع شرطه فى سبيله وجب اتباع شرطه فى نفقته ، فإن لم يمكن فمن غلته ، لان الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك الا بالانفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، وان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ، ويحتمل وجوبها فى بيت المال ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الهبات

الهبة مندوب اليها لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « تهادوا تحابوا » ولالأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء ، الرحم شجنة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعه الله » وفى الهبة صلة الرحم ، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض فى الهبة لما روى النعمان بن بشير قال « أعطانى أبى عطية فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى أعطيت ابنى عطية وإن أمه قالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك ؟ قال لا . قال رسول الله اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ، أليس يسرك أن يكونوا فى البر سواء ؟ قال بلى قال فلا إذاً » .

قال الشافعى رحمه الله : ولأنه يقع فى نفس المفضول ما يمنعه من بره ، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضا مالا ينفس العدى ، فإن فضل بعضهم بعطية صحت العطية ، لما روى فى حديث النعمان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أشهد على هـذا غيرى » فلو لم يصح لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره ، ولا يستنكف أن يهب القليل ولا أن يتهب القليل ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو دعيت إلى كراع لأجبت . ولو أهدى إلىّ كراع أو ذراع لقبلت » .

(الشرح) الحديث الأول أخرجه البخارى فى الأدب المفرد والبيهقى وابن طاهر فى مسند الشهاب من حديث محمد بن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن موسى

ابن وردان عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » قال الحافظ ابن حجر وإسناده حسن ، وقد اختلف فيه على ضمام . قال الذهبي : لينه بعضهم بلا حجة . وقال أحمد بن حنبل : صالح الحديث . وسرد له ابن عدى فى كامله أحاديث حسنة ، ولما كان ضمام ختن أبي قبيل على ابنته فقد اختلف عليه ، فقيل عنه : عن أبي قبيل عن عبد الله بن عمر أورده ابن طاهر ورواه فى مسند الشهاب من حديث عائشة بلفظ « تهادوا تزدادوا حباً » وفى اسناده محمد بن سليمان . قال ابن طاهر : لا أعرفه ، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية وقال : اسناده غريب وليس بحجة .

وروى مالك فى الموطأ عن عطاء الخراسانى رفعه « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء »

وفى الأوسط للطبرانى من حديث عائشة « تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم » قال الحافظ بن حجر : وفى اسناده نظر وأخرج فى الشهاب عن عائشة « تهادوا فان الهدية تذهب الضغائن » ومداره على محمد بن عبد النور عن أبي يوسف الأعشى عن هشام عن أبيه عنها . والراوى له عن محمد هو أحمد بن الحسن المقرى . قال الدارقطنى : ليس بثقة ، وقال ابن طاهر لا أصل له عن هشام . ورواه ابن حبان فى الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ « تهادوا فان الهدية قلت أو كثرت تذهب السخيمة » وضعفه بعائذ . قال أبو حاتم : فى حديثه ضعف . وقال ابن طاهر : ليس بشىء وقد رواه عنه جماعة . قال ورواه كوثر بن حكيم عن مكحول عن النبي (ص) مرسلا . وكوثر متروك .

وروى الترمذى من حديث أبي هريرة « تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر » وفى اسناده أبو معشر المدنى تفرد به وهو ضعيف . ورواه ابن طاهر فى أحاديث الشهاب من طريق عصمة بن مالك بلفظ « الهدية تذهب بالسمع والبصر » ورواه ابن حبان فى الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ « تهادوا فان الهدية تذهب الغل » رواه محمد بن غزغة قال : لا يجوز الاحتجاج به وقال فيه البخارى منكر الحديث وروى أبو موسى المدينى فى الذيل فى ترجمة زعبل ، بالزاى والعين المهملة والباء

الموحدة ، يرفعه « تزاوروا وتهادوا فان الزيارة تثبت الوداد ، والهدية تذهب السخيمة . قال ابن حجر : وهو مرسل وليس لزعبل صحبة

أما حديث عبد الله بن عمر رواه أحمد فى مسنده والطبرانى بإسناد صحيح عن عبد الله بن عمرو ؛ ورواه مسلم عن عائشة ، ورواه البخارى عن أبى هريرة بلفظ الرحم شجنة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته .

أما حديث النعمان بن بشير عند البخارى ومسلم وأحمد بلفظ « أن أباه أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكلّ ولدك نحلته مثل هذا ؟ فقال : لا ، فقال : فارجعه ، ولفظ مسلم « تصدق علىّ أبى ببعض ماله ، فقالت أمى عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبى اليه يشهده على صدقتى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا فقال : اتقوا الله واعدلوا فى أولادكم ، فرجع أبى فى تلك الصدقة » وللبخارى مثله لكن ذكره بلفظ العطية لا بلفظ الصدقة .

وقد روى أحمد وأبو داود والنسائى والمنذرى عن النعمان بن بشير قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم « اعدلوا بين ابنائكم : اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم » وهذا الحديث سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجاله ثقات إلا المفضل ابن المهلب بن أبى صفرة ، وقد اختلف فيه وهو صدوق ، وفى رواية لمسلم بلفظ « أيسرك أن يكونوا فى البر سواء ؟ قال : بلى ؛ قال : فلا إذن .

وفى بابه عن ابن عباس عند الطبرانى والبيهقى وسعيد بن منصور بلفظ « سووا بين أولادكم فى العطية ، ولو كنت مفضلا أحداً لفضلت النساء » وفى إسناده سعيد ابن يوسف وهو ضعيف ، وذكر ابن عدى فى الكامل أنه لم ير له أنكر من هذا وقد حسن ابن حجر فى الفتح إسناده .

أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه البخارى بلفظ « لو دعيت إلى كراع أو ذراع لأجبت ، ولو أهدى الى ذراع أو كراع لقبلت » ورواه أحمد والترمذى وصححه من حديث أنس بلفظ « لو أهدى إلىّ كراع لقبلت ، ولو دعيت عليه لأجبت » وفى بابه عن أم حكيم الخزاعية عند الطبرانى قالت « قلت : يارسول الله

تكره رد اللطف؟ قال : ما أقبحه ، لو أهدى إلىّ كراع لقبلت ، قوله : اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام .

أما الهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء الموحدة . قال فى الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع الإبراء ، وهو هبة الدين ممن هو عليه ؛ والصدقة وهى هبة مايتمحض به طلب ثواب الآخرة ، والهدية وهى مايلزم به الموهوب له عوضه ، ومن خصها بالحياة أخرج الوصية ، وهى تكون أيضا بالأنواع الثلاثة ، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على مالا يقصد له بدل ، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض اه

والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة وكلها تمليك فى الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ؛ وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة . وقال فى اللحم الذى تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به الى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة . ومن دفع إلى إنسان شيئا يتقرب به اليه محبة له فهو هدية ، وجميع ذلك مندوب اليه ومحثوث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد فى فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى (ان تبدوا الصدقات فنعما هى ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم)

إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء ، منهم النخعى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق . وربما قالوا : تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع ، وتطلق الهبه على الشىء الموهوب

وأحاديث النعمان بن بشير تمسك بها من أوجب التسويه بين الأولاد فى

العطيه؛ وبه صرح البخارى، وهو قول طاوس والثورى وأحمد وإسحاق وبعض المالكيه، قال فى الفتح: والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة. وعن أحمد تصح، ويجب أن يرجع. وعنه يجوز التفاضل إن كان له سبب، كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقين.

وقال أبو يوسف تجب التسويه إن قصد بالتفضيل الاضرار. وذهب الجمهور الى أن التسويه مستحبه، فإن فضل بعضا صح وكره؛ وحملوا الامر على الندب وكذلك حملوا النهى الثابت فى روايه لمسلم بلفظ «أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء؟ قال بلى. قال فلا إذن» على التنزيه.

وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبه عشرة جاءت فى فتح البارى، اختصرها الشوكانى ووضع عليها زيادات مفيدة (أحدها) أن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر، وتعقبه بأن كثيرا من طرق الحديث مصرحه بالبعضيه، كما فى حديث جابر وغيره أن الموهوب كان غلاماً، وكما فى لفظ مسلم عن النعمان «تصدق على أبى ببعض ماله»

(الجواب الثانى) ان العطيه المذكورة لم ينجز، وانما جاء بشير يستشير النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك فأشار عليه بأن لا يفعل فترك، حكاه الطبرى ويجاب عنه بأن أمره صلى الله عليه وسلم له بالارتجاع يشعر بالتنجيز. وكذلك قول عمرة «لا أرضى حتى تشهد» الخ

(الجواب الثالث) أن النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب فجاز لأبيه الرجوع. ذكره الطحاوى. قال الحافظ وهو خلاف ما فى أكثر طرق الحديث خصوصاً قوله «ارجعه» فانه يدل على تقدم وقوع القبض، والذى تظافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضا له لصغره فأمره برد العطيه المذكورة بعدما كانت فى حكم المقبوضه.

(الرابع) أن قوله «ارجعه» دليل على الصحه، ولو لم تصح الهبه لم يصح الرجوع، وانما أمره بالرجوع لأن للوالد أن يرجع فيما وهب لولده، وان كان الافضل خلاف ذلك، لكن استحباب التسويه رجح على ذلك فلذلك أمره به. وفى الاحتجاج بذلك نظر، والذى يظهر أن معنى قوله ارجعه. أى لا تمض الهبه

المذكورة ، ولا يلزم من ذلك تقدم صحة الهبة (الخامس) أن قوله : أشهد على هذا غيرى ، إذن بالإشهاد على ذلك ، وإنما امتنع من ذلك لكونه الإمام ، وكأنه قال : لا أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم ، حكاه الطحاوى وارتضاه ابن القصار ، وتعقب بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه ، والإذن المذكور مراد به التوبيخ لما تدل عليه بقية ألفاظ الحديث ، وبذلك صرح الجمهور فى هذا الموضع

وقال ابن حبان : قوله « أشهد » صيغة أمر والمراد به نفى الجواز وهى كقوله لعائشة : اشترطى لهم الولاء اه . ويؤيد هذا الوجه تسميته صلى الله عليه وسلم لذلك جوراً كما فى بعض الروايات المذكورة .

(السادس) التمسك بقوله : ألا سويت بينهم ، على أن المراد بالأمر الاستحباب وبالنهى التنزيه . قال ابن حجر : وهـذا جيد لولا ورود تلك الالفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولا سيما رواية « سو بينهم »

(السابع) قالوا المحفوظ فى حديث النعمان « قاربوا بين أولادكم » لا سووا ، وتعقب بأنكم لاتوجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية

(الثامن) فى التشبيه الواقع بينهم فى التسويه ، بالتسوية بينهم ، بالتسويه فيهم فى البر قرينة تدل على أن الامر للنـدب ، ورد بأن إطلاق الجور على عدم التسويه والنهى عن التفضيل يدلان على الوجوب فلا تصلح تلك القرينة لصرفهما وإن صلحت لنفس الأمر

(التاسع) ما سيأتى فى الفصل الذى بعد هـذا من منحة أبى بكر لعائشة . وقوله لها فلو كنت احترثته ، وكذلك ما رواه الطحاوى عن عمر أنه نحل ابنه عاصماً دون سائر ولده ، ولو كان التفضيل غير جائز لما وقع من الخليفتين ، وقال فى الفتح وقد أجاب ابن عمر عن قصة عائشة بأن اخوتها كانوا راضين ، ويجاب بمثل ذلك عن قصة عاصم . ولا حجة فى فعلهما لا سيما إذا عارض المرفوع

(العاشر) أن الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميـع ولده من ماله لتمليك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده

بالتمليك لبعضهم . ذكره ابن عبد البر . قال الحافظ ابن حجر ولا يخفى ضعفه لانه قياس مع وجود النص، وقد رأى الشوكانى أن التسويه واجبه وأن التفضيل محرم واختلاف الموجبون للتسويه فى كيفيتها فقال محمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكيه العدل أن يعطى الذكر حظين كالميراث ، واحتجوا بأن ذلك حظه من المال لو مات عنه الواهب . وقال غيرهم لا فرق بين الذكر والانثى ، وظاهر الامر بالتسويه معهم .

على أن حديث النعمان بن بشير رواه عنه عدد كثير من التابعين ، منهم عروة ابن الزبير عند مسلم والنسائى وأبى داود ، وأبو الضحى عند النسائى وابن حبان وأحمد والطحاوى ، والمفضل بن المهلب عند أحمد وأبى داود والنسائى ، وعبد الله بن عتبه بن مسعود عند أحمد ، وعون بن عبد الله عند أبى عوانه والشعبى عند الشيخين وأبى داود وأحمد والنسائى وابن ماجه وابن حبان وغيرهم وقد رواه النسائى من مسند بشير والد النعمان فشذ بذلك . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وما جاز بيعه من الاعيان جاز هبته لانه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع لما روى عمر بن سلمة الضمرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فاذا حمار عقير ، فقيل يا رسول الله هذا حمار عقير ، فقال دعوه فانه سيطلبه صاحبه ، فجاء رجل من فهر فقال يا رسول الله انى أصبت هذا فشأنكم به ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق ، ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم فى ذلك .

(فصل) ومالا يجوز بيعه من المجهول ومالا يقدر على تسليمه ومالم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته لانه عقد يقصد به تمليك المال فى حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع

(فصل) ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

(الشرح) حديث عمرو بن سلمة الضمرى كذا فى نسخ المهذب وفى مواطن مختلفة من فصول المهذب وصوابه عمير بن سلمة الضمرى بالتصغير . قال الحافظ ابن حجر فى التهذيب : له صحبة وحديث ، وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائى ومالك فى الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمرى عن رجل من بهز « أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد مكة حتى إذا كانوا فى بطن واد الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : أقروه حتى يأتى صاحبه فأتى البهرى وكان صاحبه فقال : يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه فى الرفاق ، وهم محرمون ، قال : ثم مررنا حتى إذا كنا بالأثاية إذا نحن بظبى حاقف فى ظل فيه سهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا أن يقف عنده حتى يخبر الناس عنه » .

ولأحمد والبخارى ومسلم من حديث قتادة قال « كنت يوما جالساً مع رجال من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى منزل فى طريق مكة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حماراً وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلى فلم يؤذنونى ، وأحبوا لو أنى أبصرته فالتفت فأبصرته فقمت إلى الفرس فأسرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم ناولونى السوط والرمح ، فقالوا : لا والله لا نعينك عليه ، فغضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت فشددت على الحمار فعقرته ثم جئت به وقد مات فوقعوا فيه يأكلونه ، ثم إنهم شكوا فى أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخبأت العضد معى فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال : هل معكم منه شىء فقلت : نعم ، فناولته العضد فأكلها وهو محرم » ولمسلم « هل أشار اليه إنسان أو أمره بشىء قالوا : لا ، قال فكلوه » وللبخارى « قال منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوا ما بقى من لحمها » قلت . وهذا الخبر صريح فى صحة هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى وأحمد ، سواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن .

وقال أصحاب الرأى لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته لأن القبض شرط فى الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة ، وجاز عند صاحبيه ، وان وهب اثنان اثنين شيئا مما ينقسم لم يصح فى قياس قولهم ، لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع .

ولنا حديث عمرو بن سلمة فى الفصل ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذى لا ينقسم ، ولأنه مشاع فأشبه مالا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فإنه لم يمنع صحته فى البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه

أما قوله ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته ، فظاهر فى عموم ثبوت الملك بالقبض بالهبة فيما يجوز امتلاكه بالعوض ، والجواز هنا اعتبار الشىء فى حق حكمه ، وأما صحته بانعقاد اللفظ بحيث إذا انضم اليه القبض اعتبر : ويثبت حكمه وفى معنى البيع ، قال الشافعى رضى الله عنه ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالرجل يبيع الشىء وله فيه الخيار .

ولما كانت الهبة تمليكا لعين فى الحياة لم يجز تعليقها على شرط كالبيع ، فإن علقها على شرط كقول النبى صلى الله عليه وسلم لام سلمة ، إن رجعت هديتنا الى النجاشى فهى لك ، كان وعداً ، وإن شرط فى الهبة شروطا تنافى مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أم لا ، تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح . وفى صحة الهبة وجهان على الشروط الفاسدة فى البيع . وان وقت الهبة . فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلىّ لم يصح ، لانه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتا .

وجملة ذلك أن التمليك إذا كان لعين بغير عوض عن غير احتياج كان هبة ، فإن كان عن احتياج فصدقة ، فإن كان للمنفعة بغير عوض فعارية أو بعوض فإجارة وإن كان للعين بعوض فبيع .

(فرع) لايجوز هبة المجهول أو غير المملوك أو جعله فى الذمه . قال النووى

ومالا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب لمن لا يقدر على انتزاعه ، وضال وآبق فلا يجوز هبته . قال الرملى : بجامع أن كلا منهما تمليك فى الحياة ولا ينافيه خبر : زن وأرجح ، لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، على أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذراً من التساهل فيه ، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه فى المال الذى جاء من البحرين : خذ منه — الحديث ، لأن الظاهر أن ما ذكر فى المجهول إنما هو بالمعنى الأخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر ، وإعطاء العباس الظاهر صدقه لا هبة ، لكونه من جملة المستحقين .

وقد اختلف الفقهاء فى ترك الدين المستقر الذى فى الذمـة للمدين ، فقال أبو حنيفة والثورى وإسحاق : إن وهب الدين لغير من هو فى ذمته أو باعـه إياه لم يصح . وقال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذى هو عليه بنقد ، ولا تبعه من غيره عرضاً بمالك عليه .

وقال الشافعى : إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وإن كان على ملىء باذل له ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت فى الذمة فصح ، كما لو اشترى فى ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقابضان فى المجلس لئلا يكون بيع دين بدين .

(والثانى) لا يصح . وفى نهاية المحتاج بحث حول ترك الدين المستقر الذى فى الذمة المدين لغيره هل يعد هبة أم يعد إبراء فحسب بأنه لا يعد هبة فى الأصح لأنه غير مقدور على تسليمه ، فإن قلنا : بصحة بيعه لغير من هو عليه قياسا على بيع الموصوف فإنه لا يوهب والدين مثله بل أولى ، وفرق ما بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع مافى الذمة التزام لتحصيل المبيع فى مقابلة الثمن الذى استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها ، فكانت بالوعد أشبه فلم يصح .

ووارد على مالا يجوز بيعه من المجهول أنه إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة ؛ وكذلك لو قال :

أنت فى حل مما تأخذ أو تعطى أو تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة وهى صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والاعطاء قاله العبادى ، قال : وفى خذ من عنب كرمى ما شئت لا يزيد على عنقود لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، وما استشكل به يرد بأن الاحتياط المبنى عليه حق أوجب ذلك التقدير ، وأفتى القفال فى : أبحت لك من ثمار بستانى ما شئت بأنه إباحة ، وظاهره أن له أخذ ما شاء ، وما قاله العبادى أحوط .

وفى الأنوار : لو قال أبحت لك جميع مافى دارى أو مافى كرمى من العنب : فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره . وتقتصر الاباحة على الموجود فى الدار أو فى الكرم . ولو قال أبحت لك جميع مافى دارى أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيح لم تحصل الاباحة اه .

ومتى قلنا لا تصح الهبة فى غير مقدور عليه أو فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه بهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد رضى الله عنهم لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح فى ذلك كالبيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الا بالايجاب والقبول لأنه تمليك آدمى لآدمى فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع والنكاح ولا يصح القبول إلا على الفور . وقال أبو العباس يصح على التراخى ، والصحيح هو الأول ، لأنه تمليك مال فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع ،

(فصل) ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة رضى الله عنها « أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله فلما حضرته الوفاة قال يابنية إن أحب الناس غنى بعدى لأنت وإن أعز الناس على فقرا بعدى لأنت ، وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقامن مالى ووددت أنك جذذته وحزته وإنما هو اليوم مال الوارث وإنما هما أخواك وأختاك . قالت هذان أخواى فمن أختاى ، قال ذو بطن بنت خارجة ، فإنى أظنها جارية ، فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه ،

إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض ، ومن أصحابنا من قال . يبطل العقد بالموت ؛ لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة ، والمنصوص أنه لا يبطل لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار ؛ فإذا قبض ملك بالقبض ومن أصحابنا من قال يتبين أنه ملك بالعقد ، فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال ، وقبض بعد ما أهل إن فطرة العبد على الموهوب له والمذهب الأول ، وما قال فى زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله .

(الشرح) خبر عائشة رضى الله عنها ، رواه مالك فى الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها ، وروى البيهقى من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب . وعن حنظلة بن أبى سفيان عن القاسم بن محمد نحوه

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم بلغنا عن أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة أم المؤمنين جداد عشرين وسقا من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة « إنك لم تكونى قبضتيه ؛ وإنما هو مال الوارث ، فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته .

أما لغات الفصل : فإن قوله نحل عائشة أى أعطاها والنحلة العطية ، والوسق ستون صاعا : وحزته أى قبضته ، ولو قال : حزتيه لكان جائزاً ولكن الحذف أفصح ، وأما قوله ذو بطن بنت خارجة . فإن ذو تأتى بمعنى الاسم الموصول فى لغة طىء قال شاعرهم :

قالوا جننت فقلت كلا وربى ما جننت ولا انتشيت
ولكنى ظلمت فكدت أبكى من الظلم المبين أو بكيت
فإن الماء ماء أبى وجدى وبئرى ذو حفرت وذو طويت

وقد تزوج أبو بكر رضى الله عنه ذو بطن بنت خارجة بن أبى زهير بالسنح فى بنى الحارث من الخزرج قريب المدينة واسمها حبيبة وبنتها أم كلثوم بنت أبى بكر رضى الله عنه ،

أما الأحكام : فإن الهبة لا تصح إلا بإذن الواهب لأنه بالخيار قبل القبض

إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها ، فإن قبضها الموهوب له قبل اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض .

وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ، لأن الهبـة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لا يتم إلا بالقبض .

ومذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد فى المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه . كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ، ولا يصح جعل الهبـة إذناً فى القبض بدليل ما بعـد المجلس ، ولو أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع فى الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض . وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة قد تمت

إذا عرف هذا عرف أن شرط الهبه الايجاب ، كوهبتك وملكتك ومنحتك وأكرمتك وعظمتك ونحلتك . وكذا أطعمتك ولو فى غير طعام كما نص عليه ، وقبول ، كقبلت ورضيت واتهبت متلفظا بإحدى هذه الكلمات أو بإشارة من أخرس مفهومة فى حقه بالقبول ، لأن القبول ينعقد بالكنايه . ومن أركانها أن يكون القبول مطابقا للإيجاب ، ومن أركانهـا اعتبار الفور فى الصيغه ، ولا يضر الفصل . نعم فى الاكتفاء بالاذن قبل وجود القبول نظر ، لأننا اذا تصورنا أن الواهب لا يفترق عن الراهن عند تقديمه المعين الى المتهب إلا فى الصيغة ؛ تبين لنا أهمية الصيغة وضرورتها عند العقد واعتبار القبول على الفور لفظا ، ولا يكفى لفظ يحتمل القبول والرفض إلا اذا اقترن اللفظ بالقبض وتسليط اليد ، كقوله شكراً فإنه لفظ يحتمل الاعتذار عن قبول الهبه ويحتمل القبول

وأفتى بعض الأصحاب فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه ان قال هذا جهاز بنتى فهو ملك لها ، والا فهو عاريه ويصدق بيمينه ولا يشترط الايجاب والقبول فى الصدقة بل يكفى الاعطاء والاخذ ، ولا فى الهديه بل يكفى البعث من هذا ويكون كالايجاب والقبض من ذاك . ويكون كالقبول لجريان عادة السلف بل الصحابه مع النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه

تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه أنه كان إباحة . هـذا هو الصحيح . والثانى يشترطان كالهبة . وفرق هنا بين التمليك وبين نقل الحق أو اليد إلى غيره ، كابن شاة الأضحية أو صوفها أو تنازل إحدى الضرتين عن نوبتها للأخرى

(فرع) لا يملك الموهوب الهبة إلا بقبضها ، فقد روى عروة عن عائشة رضى الله عنها أن أبا بكر رضى الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال : يا بنية ما أحد أحب إلىّ غنى بعدى منك . ولا أحد أعز على فقراً منك ، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً وددت أنك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك ، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل . وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم ، فاذا مات أحـدهم قال : مالى وفى يدى . وإذا مات هو قال : كنت نحلته ولدى ، لا نحلة إلا نحلة يحرز الولد دون الوالد فان مات ورثه ،

فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، فإن قلنا بأنه عقد يؤول الى اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه ، وهذا قول أكثر أصحابنا ، وهو قول أبى الخطاب من الحنابلة حيث يقول : اذا مات الواهب قام وارثه مقامه فى الإذن فى القبض والفسخ .

وان قلنا بقول بعض الأصحاب بأنه من العقود الجائزة يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة ، وهو قول الإمام أحمد حيث قال فى روايه أبى طالب وأبى الحارث فى رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات ، فإنها تعود الى صاحبها ما لم يقبضها .

وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها : انى قد أهديت الى النجاشى حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشى الا قد مات ؛ ولا أرى هديتى الا مردودة علىّ ، فإن ردت فهى لك . قالت فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة ، ووجه ضعف القول بانفساخ العقد بموت أحدهما أن ليس المدار على القبول

بل على الأيلولة للزوم كما قررنا ، وهو جار فى الهدية والصـدقة أيضا ، ويجرى الخلاف فى الجنون والإغماء ، ولولى المجنون قبضها قبل الافاقة

وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون وغيرهما ، فالمكيل والموزون لا يصح التمليك بغير قبض أما فى غيرهما يصح بغير القبض لما روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا : الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض ؛ وهو قول مالك وأبى ثور . وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة فى الجميع الا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزى : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى ، على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ، ويروى ذلك عن النخعى والثورى والحسن بن صالح والعنبرى والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا

ومن أصحابنا من قال : انما يستغنى عن القبض اذا تحقق الايجاب والقبول واستقر العقد بينهما ، ولأنه عقد تمليك فافتقر الى الايجاب والقبول كالنكاح ، وعلى هذا القول اذا حدث نماء فى الهبة قبل القبض كانت للموهوب له ، والمنصوص أن النماء بعد القبض كان للموهوب

قال فى الأم: واذا وهب الرجل للرجل جارية أو دار ، فزادت الجارية فى يديه ، أو بنى الدار فليس للواهب الذى ذكر أنه وهب للثواب ولم يشترط ذلك أن يرجع فى الجارية ، أى حال ما كانت زادت خيراً أو نقصت ، كما لا يكون له اذا أصدق المرأة جارية فزادت فى يديها ثم طلقها أن يرجع بنصفها زائدة . اه

قلت : وليست الفطرة التى لزمت الموهوب له منفعة تعود عليه ، وانما هى قربة صادفت محلها فلا شبه بينها وبين النماء ، فالنماء عائد ، والفطرة بذل واخراج والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(**فصـل**) فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئا وأقبضه لم يملك الرجوع فيه ، لما روى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما رفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما أعطى ولده ،

وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر ، ولأن الأب لا يتهم فى رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد ، وإن تصدق عليه فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة . ومن أصحابنا من قال لا يرجع ، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل ، فلا يجوز أن يتغير رأيه فى ذلك ، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد ، وربما كان الصلاح فى استرجاعه فجاز له الرجوع .

وإن تداعى رجلان نسب مولود ووهبا له مالا لم يجز لواحد منهما أن يرجع لأنه لم يثبت له بنوته ، فإن لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه ثبت أنه ولده (والثانى) لا يجوز لأنه لم يثبت له الرجوع فى حال العقد ، وإن وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه فى ملك من يجوز له الرجوع فى هبته (والثانى) لا يجوز لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجز . وإن وهب لولده شيئا فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان

(أحدهما) يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء .

(والثانى) لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يجز له الرجوع كما لو رهنه

(فصل) وإن زاد الموهوب فى ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد اليه فالحكم فيه كالحكم فى المبيع إذا زاد فى يد المشترى أو زال الملك فيه ثم عاد اليه ثم أفلس فى رجوع البائع ؛ وقد بيناه فى التفليس

(الشرح) حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده . ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع فى قيئه » أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه . وكذلك ابن حبان والحاكم وصححاه

وقد استدل بالحديث على تحريم الرجوع فى الهبة ، لأن القىء حرام فالمشبه به مثله ، ووقع فى رواية أخرى للبخارى وغيره : كالكلب يرجع فى قيئه ، وهى

تدل على عدم التحريم ، لأن الكلب غير متعبد فالقىء ليس حراما عليه ، وهكذا قوله : كمثل الكلب الخ ، وتعقب بأن ذلك المبالغة فى الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالنردشير « فكأنما غمس يده فى لحم خنزير » وأيضا الرواية الدالة على التحريم غير منافية للرواية الدالة على الكراهة على تسليم دلالتها على الكراهة فقط ، لأن الدال على التحريم قد دل على الكراهة وزيادة ، وقد قدمنا فى باب نهى المتصدق أن يشترى ما تصدق به من كتاب الزكاة عن القرطبى أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث . وقدمنا أيضا أن الأكثر حملوه على التنفير خاصة لكون القىء مما يستقذر .

ويؤيد القول بالتحريم قوله صلى الله عليه وسلم « ليس لنا مثل السوء » فى حديث ابن عباس عند أحمد والبخارى . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل للرجل . قال فى الفتح : وإلى القول بتحريم الرجوع فى الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلا هبة الوالد لولده . وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع فى الهبة دون الصدقة ، إلا اذا حصل مانع من الرجوع ، كالهبة لذى رحم ونحو ذلك من الموانع .

وقال الطحاوى : ان قوله « لا يحل » لا يستلزم التحريم . قال وهو كقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحل الصدقة لغنى » وانما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوى الحاجة ، وأراد بذلك التغليظ فى الكراهة

وقال الطبرى : يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والدا والموهوب له ولده والهبة لم تقبض ، والتى ردها الميراث الى الواهب لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك . وأما ما عدا ذلك كالغنى يثيب الفقير ونحو من يصل رحمه فلا رجوع . قال : ومما لا رجوع فيه مطلقا الصدقة يراد بها ثواب الآخرة . قال ابن حجر : اتفقوا على أنه لا يجوز الرجوع فى الصدقة بعد القبض وقد أخرج مالك عن عمر أنه قال : من وهب هبة يرجو ثوابها فهى رد على صاحبها ما لم يثب منها ورواه البيهقى عن ابن عمر مرفوعا وصححه الحاكم . قال ابن حجر : والمحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر ورواه عبد الله بن موسى مرفوعا ، قيل وهو وهم وصححه الحاكم وابن حزم ، ورواه ابن حزم أيضا عن

أبى هريرة مرفوعا بلفظ « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها ، وأخرجه أيضا ابن ماجة والدارقطنى ورواه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعا بلفظ « اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع . ورواه الدارقطنى من حديث ابن عباس . قال ابن حجر وسنده ضعيف .

وقال ابن الجوزى : أحاديث ابن عمر وأبى هريرة وسمرة ضعيفة وليس منها ما يصح . وأخرج الطبرانى فى الكبير عن ابن عباس مرفوعا « من وهب هبة فهو أحق بها حتى يثاب عليها ، فان رجع فى هبته فهو كالذى يقىء ويأكل منه » فان صحت هذه الاحاديث كانت مخصصة لعموم حديث طاوس الا أنها لم تثبت ، كما رأيت من كلام ابن الجوزى وابن حجر وغيرهما من فقهاء المحدثين .

وقد استدل الجمهور بحديث الفصل على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه ، وقال أحمد « لايحل للواهب أن يرجع فى هبته مطلقاً ، ويؤيد ماذهب اليه الجمهور حديث عائشة عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى مرفوعا « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وان أولادكم من كسبكم ، وفى لفظ « ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً » رواه أحمد

وحديث جابر أن رجلا قال : يا رسول الله ان لى مالا وولداً وان أبى يريد أن يجتاح مالى ، فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه ابن ماجه

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال « ان أبى يريد أن يجتاح مالى ، فقال أنت ومالك لوالدك ، ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وان أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئا » رواه أحمد وأبو داود .

وقال الشافعى رضى الله عنه وأبو حنيفه ومالك : ليس للوالد أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته ؛ لحديث « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » الخ . الحديث متفق عليه

وقال النووى فى المنهاج وللأب الرجوع فى هبة ولده وكذا لسائر الاصول على المشهور قال الرملى ، بالمعنى الاعم الشامل للهديه والصدقه على الراجح ،

بل يوجد التصريح بذلك فى بعض النسخ ، ولا يتعين الفور ، بل له ذلك متى شاء وإن لم يحكم به حاكم . أو كان الولد صغيراً فقيراً مخالفاً ديناً للخبر وساقه . واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إيثاره لولده على نفسه يقضى بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة . ويكره الرجوع من غير عذر ، فإن وجد كـكون الولد عاقا ، أو يصرفه فى معصية أنذره به فإن أصر لم يكره .

وبحث الإسنوى ندبه فى العاصى وكراهته فى العاق إن زاد عقوقه وندبه ان أزاله وإباحته إن لم يفد شيئاً . والأذرعى ذهب إلى عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل ندبه حيث كان الولد غير محتاج له ، ووجوبه فى العاصى إن غلب على الظن تعينه طريقا إلى كفه عن المعصية . ويمتنع الرجوع كما بحثه البلقينى فى صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة ، وكذا فى لحم أضحية تطوع ، لأنه انما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا .

وكذا له الرجوع لسائر الأصول وان علوا أو سفلوا على المشهور . وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لمانع قام به وورثه جده ، لأن الحقوق لا تورث وحدها انما تورث بتبعية المال وهو لا يرثه . ولا يملك الوالد الرجوع الا اذا كانت باقية فى ملك الابن ، فان خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لأنه ابطال لغير ملك الابن فإن عادت اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يملك الرجوع أيضا لأن ملكها لم يستفده من جهة ابيه ، أما ان عادت بفسخ أو اقالة فله الرجوع على أحد الوجهين .

(فرع) اذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع فى هبته لأن نسبه لم يثبت لواحد منهما . أما اذا لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لثبوت البنوة (والثانى) لا يجوز لأنه لم يكن ثبت له الرجوع فى حال العقد والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان وهب شيئا لمن هو دونه لم يلزمه أن يثيبه بعوض ، لأن

القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقه . وان وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضا أن يثيبه ، لأن القصد من هبته اكتساب المحبة وتأكيد الصداقه ، وان وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان ، قال فى القديم : لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض ، لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط .

وقال فى الجديد: لا يجب لأنه تمليك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة النظير للنظير فان قلنا : لا يجب فشرط فيه ثوابا معلوما ففيه قولان (أحدهما) يصح لأنه تمليك مال بمال فجاز كالبيع ، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبه فى الربا والخيار وجميع أحكامه .

(والثانى) أنه باطل ، لأنه عقد لا يقتضى العوض فبطل شرط العوض كالرهن ، فعلى هـذا حكمه حكم البيع الفاسد فى جميع أحكامه ، وان شرط فيه ثوابا مجهولا بطل قولا واحداً لأنه شرط العوض ، ولأنه شرط عوضا مجهولا وان قلنا انه يجب العوض ففى قدره ثلاثة أقوال

(أحدها) انه يلزمه أن يعطيه الى أن يرضى ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه «أن أعرابيا وهب للنبى صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها . وقال أرضيت قال لا ، فزاده وقال أرضيت ؟ فقال نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن لا أتهب الا من قرشى أو أنصارى أو ثقفى »

(والثانى) يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض ، فاذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح .

(والثالث) يلزمه ما جرت العـادة فى ثواب مثله ، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره فى العرف ، فان قلنا انه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع ، فان تلفت العين رجع بقيمتها ، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها اذا تلفت وجب الرجوع الى بدلها كالمبيع . ومن أصحابنا من قال لا يجب لأن حق الواهب فى العين ، وان نقصت العين رجع فيها ، وهل يرجع بأرش ما نقص ؟ فيه وجهان كالوجهين فى رد القيمه اذا تلفت .

وان شرط عوضا مجهولا لم تبطل ، لأنه شرط ما يقتضيه العقد ، لأن العقد

على هذا القول يقتضى عوضا مجهولا ، وإن لم يدفع اليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف ، وإن شرط عوضا معلوما ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يبطل ، لأن العقد يقتضى عوضا غير مقدر فبطل بالتقدير (والثانى) يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول فلأن يصح بعوض معلوم أولى

(فصل) وإن اختلف الواهب والموهوب له ، فقال الواهب وهبتك ببدل وقال الموهوب له : وهبتنى على غير بدل . ففيه وجهان . أحدهما أن القول قول الواهب ، لأنه لم يقر لخروج الشىء من ملكه إلا على بدل . والثانى أن القول قول الموهوب له ، لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلا الأصلُ عدمه .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان . وقال الهيثمى : رجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه أبو داود والنسائى من حديث أبى هريرة بنحوه ، وطوله الترمذى ورواه من وجه آخر ، وبين أن الثواب كان ست بكرات ، وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم .

وقد روى أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها » أى يعطى المهدى بدلها .

والمراد بالثواب المجازات وأقله مايساوى قيمة الهدية ، ولفظ ابن أبى شيبة ويثيب ما هو خير منها . وقد أعل حديث عائشة بالإرسال . قال البخارى : لم يذكر وكيع ومحاضر عن هشام عن أبيه عن جده عن عائشة ، وقد استدل بعض المالكية به على وجوب المكافأة على الهدية اذا أطلق المهدى وكانت ممن مثله يطلب الثواب ، كالفقير للغنى بخلاف ما يهبه الأعلى الأدنى

ووجه الدلالة منه مواظبته صلى الله عليه وسلم ، ومن حيث المعنى أن الذى أهدى قصد أن يعطى أكثر مما أهدى ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته ، وبه قال الشافعى فى القديم ، ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ، ولو وقعت المواهبة كما تقرر فى الاصول

وذهبت الحنفيه والشافعى فى الجديد أن الهبه للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع

مجهول ، ولأن موضع الهبة التبرع . وفى رواية الفصل « إلا من قرشى الخ ، وفى رواية أبى داود « وايم الله لا أقبل هـدية بعد يومى هذا من أحد إلا أن يكون مهاجرياً أو قرشياً أو أنصاريا أو دوسيا أو ثقفيا، وسبب همه صلى الله عليه وسلم بذلك ما رواه الترمذى من حديث أبى هريرة قال « أهـدى رجل من فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتسخطه ، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسـلم يقول على المنبر « إن رجالا من العرب يهدى أحدهم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندى فيظل يسخط علىّ » الحديث . وقد كان ابن رسـلان يحكى أن بعض أهل العلم والفضل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهـدية من أحد أصلا لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما . وذلك لفساد النيات فى هذا الزمان .

أما أحكام الفصل فقد قال النووى فى المنهاج : ولا رجوع لغير الأصول فى هبة مقيـدة بنفى الثواب . ومتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لأعلى منه فى الأظهر . قال فى النهاية : كما لو أعاره داره إلحاقا للأعيان بالمنافع . ولأن العادة ليس لها قوة الشرط فى المعاوضات (والثانى) يجب الثواب لاطراد العادة بذلك ، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب ، لأن القصد من مثله الصلة وتأكد الصداقه

والطريق الثانى : طرد القولين السابقين ، والهـديه فى ذلك كالهبه كما قاله النووى تفقها ونقله فى الكفايه عن تصريح البندنيجى ومثل ذلك الصدقه وان اختـار الأذرعى دليلا أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهـديه والأوجه كما بحثه أيضاأن التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حاليه أو لفظيه دالة على طلب الثواب ، والا وجب هو أو الرد لا محالة

ولو قال : وهبتك ببـدل . فقال بل بلا بدل ، صُدق المتهب بيمينه ، لأن الأصل عدم البـدل . ولو أهدى له شيئا على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده ان بقى والا فبدله كما قاله الاصطخرى ، فإن كان فعلها حل ، أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخـذ العوض على الواجب اذا كان فيه كلفة ، خلافا لما يوهمه كلام الاذرعى وغيره هنا

فإن وجب الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المـار لتلف الهديه أو عـدم إرادة المتهب ردها فهو قيمة الموهوب ، أى قدرها يوم قبضه ، ولو مثليا فى الاصح ، فلا يتعين للثواب جنس من الاموال بل الخيرة فيه المتهب ، والثانى يلزمه ما يعد ثوابا لمثله عادة ، وقيل الى أن يرضى ولو بإضعاف قيمته ، فإن قلنا بوجوب إثابته ولم يثبه هو ولا غيره فله الرجوع فى هبته ان بقيت وبدلها ان تلفت ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبنى كذا فقبل فالاظهر صحة العقـد نظراً للمعنى اذ هو معاوضة بمال معلوم نصح ، كما لو قال بعتك ، والثانى بطلانه نظرا الى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع ، ومن ثم يكون بيعا على الصحيح ، فيجرى فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه ؛ والشفعة وعدم توقف الملك على القبض ، والثانى يكون هبه نظراً للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالمـذهب بطلانه لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض ، وهبة لذكر الثواب بناء على الاصح أنها لا تقتضيه ، وقيل تصح هبة بناء على أنها تقتضيه

ولو بعث هدية لم يعده بالباء لجواز الامرين كما قاله أبو على خلافا لتصويب الحريرى تعين تعديته بها فى ظرف ، أو وهب شيئا فى ظرف من غير بعث ، فإن لم تجر العادة برده ، كقوصرة تمر (وهى الوعاء الذى يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك الا وهو فيه ، والا فزنبيل) وكعلبة حلوى فهو هدية أو هبه أيضا تحكيما للعرف المطرد

وكتاب الرسالة يملكه المكتوب اليه ان لم تدل قرينة على عوده ؛ قاله المتولى وهو أوجه من قول غيره أنه باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الاباحة ، والا ان اعتيد رده أو اضطربت العادة كما اقتضاه ابن المقرى فلا يكون هديه ، بل أمانة فى يده كالوديعه ، ويحرم استعماله لأنه انتفاع بملك غيره بغير اذنه الا فى أكل الهديه منه ان اقتضته العادة عملا بها ، ويكون عاريه حينئذ ويسن رد الوعاء حالا ، قال الاذرعى : وهذا فى مأكول ، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحى ، فيتجه فى كل ناحية بعرفهم وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم ، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب .

وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة (صينية) بين يدى صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم : وفى الاسكندرية رأيت الناس يكتبون قائمة بأسماء الواهبين ومقدار ما دفعوه فى الطاسة وهم حريصون على رد ما يأخذونه فى أفراح من أعطوهم وربما زاد بعضهم على ما أخذ ، وفى القاهرة تفشو هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل من الاسكندرية .

قال الرملى : ثم يقسم على المزين ونحوه يجرى فيه ذلك التفصيل : فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه المعاونين له عمل بالقصد ، وان أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء . وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا ، أما مع قصد خلافه فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخادم وصاحب الفرح نظراً للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع ، فيقدم على العرف المخالف له بخلاف مالا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه .

قال الشافعى رضى الله عنه : إذا وهب الرجل لرجل شقصا من دار فقبضه ثم عوضه الموهوب له شيئاً فقبضه الواهب سئل الواهب ، فإن قال : وهبتها للثواب كان فيها شفعة ، وإن قال : وهبتها لغير الثواب لم يكن فيها شفعة ؛ وكانت المكافأة كابتداء الهبة ، وهذا كله فى قول من قال : للواهب الثواب إذا قال أردته فأما من قال : لا ثواب للواهب إن لم يشترطه فى الهبة فليس له الرجوع فى شيء وهبه ولا الثواب منه ، قال الربيع وفيه قول آخر ، وإذا وهب واشترط الثواب فالهبة باطلة من قبل أنه اشترط عوضاً مجهولا ، وإذا وهب لغير الثواب وقبضه الموهوب فليس له أن يرجع فى شيء وهبه ، وهو معنى قول الشافعى : وإذا وهب الرجل للرجل هبه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات ، فإن أبا حنيفه كان يقول : الهبه فى هذا باطل لا تجوز وبه يأخذ ، ولا يكون له وصيه إلا أن يكون ذلك فى ذكر وصيه ، وكان ابن أبى ليلى يقول : هى جائزة من الثلث اه .

(فرع) إذا اختلف الواهب والموهوب فقال الواهب : ببدل ، وقال الموهوب له على غير بدل فوجهان .

أحدهما : القول قول الواهب لأنه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل

والثاني : القول قول الموهوب ، لأن المقر بالهبة والأصل فيها عدم البدل ؛ وقد ادعاه الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنكر . ولو وهبه وأقبضه ومات فادعى الوارث صدوره فى المرض ، وادعى المتهب كونه فى الصحة صدق المتهب بيمينه ، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، ثم محل ما تقرر إن كان الولد حراً ، ولو أبرأه من دين له عليه لم يملك الرجوع سواء أقلنا : إنه تمليك أم إسقاط ، إذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئا فتلف ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العمرى والرقبى

العمرى هو أن يقول : اعمرتك هذه الدار حياتك ، أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل (إحداها) أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك ؛ فهذه عطية صحيحة ، تصح بالإيجاب والقبول ، ويملك فيها بالقبض ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى أعطيها لا ترجع إلى الذى أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » والثانية أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشرط شيئاً ففيه قولان .

قال فى القديم هو باطل لأنه تمليك عين قدر بمدة فأشبه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد . وقال فى الجديد : هو عطية صحيحة ، ويكون للمعمر فى حياته ولورثته بعده وهو الصحيح ، لما روى جابر رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده » ولأن الاملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك ، وتنتقل إلى الورثة ، فلم يكن ما جعله له فى حياته منافياً لحكم الاملاك (والثالثة) أن يقول : أعمرتك حياتك ، فإن مت عادت إلىّ إن كنت حيا وإلى ورثتى إن كنت ميتا فهى كالمسألة الثانية ، فتكون على قولين .

أحدهما : تبطل . والثانى تصح لانه شرط أن تعود اليه بعد مازال ملكه أو إلى وارثه ، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر فى حق المعمر فيصير وجوده كعدمه .

(فصل) وأما الرقبى فهو أن يقول : أرقبتك هذه الدار أو دارى لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه ، فإن مت قبلى عادت إلىّ ، وان مت قبلك فهى لك ، فتكون كالمسئلة الثالثة من العمرى ، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين ، وقال المزنى : الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتا وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبى (ص) قال من « أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهى للمعمر يرثها من يرثه » .

(فصل) ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز الا بقبول من عليه الدين لأنه تبرع يفتقر الى تعيين المتبرع عليه فافتقر الى قبوله كالوصية والهبة ، ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبه ، والمذهب الأول ، لانه اسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق ، والعفو عن الشفعة والقصاص ، ولا يصح الإبراء من دين مجهول لانه ازالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة .

(الشرح) حديثا جابر أخرجهما أحمد والبخارى ومسلم بلفظ « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له » وفى لفظ عند أحمد ومسلم « قال : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فمن أعمر عمرى فهى للذى أعمر حيا وميتا ولعقبه » وفى رواية عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائز لأهلها » .

وفى رواية لأحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه « من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها ، وهى لمن أعمر وعقبه » وفى رواية لأبى داود والنسائى والترمذى وصححه « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع الى من أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » وفى رواية عند

أحمد ومسلم « إنما العمرى التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هى لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها ، وفى رواية عند النسائى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى أن يهب الرجل للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى إن حدث بك حدث ولعقبك فهى إلىّ وإلى عقبى إنها لمن أعطيها ولعقبه ، ورواه الشافعى عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن حجر المدرى عن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث ، ورواه عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعا « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث » .

أما حديث عبد الله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبى هريرة وزيد بن ثابت وفيه النهى عن الرقبى « لا ترقبوا . من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » وفى لفظ « الرقبى جائزة » وهى عند أحمد وأبى داود والنسائى ، وفى لفظ عند أحمد « جعل الرقبى للوارث » ورواه أحمد والنسائى عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته ومماته » .

قال الربيع : سألت الشافعى عمن أعمر عمرى له ولعقبه فقال : هى للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها فقلت : ما الحجة فى ذلك ، قال : السنة ثابتة من حديث الناس . وحديث مالك رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن جابر مرفوعا « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » .

قال الشافعى : وبهذا نأخذ ويأخذ عامة أهل العلم فى جميع الأمصار بغير المدينة وأكابر أهل المدينة . وقد روى هذا مع جابر زيد بن ثابت عنه صلى الله عليه وسلم فقلت للشافعى فإنا نخالف هذا فقال تخالفونه وأنتم تروونه عن رسول الله (ص) فقلت . إن حجتنا فيه أن مالكا قال . أخبرنى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولا الدمشقى يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ومايقول الناس فيها فقال له القاسم ماأدركت الناس إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا

إلى أن قال الشافعي بعد حوار وحجاج . وكذلك علمنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في العمرى بخبر ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر وغيره عن النبي (ص) فإذا قبلنا خبر الصادقين فمن روى هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم أرجح مما روى هذا عن القاسم لا يشك عالم أن ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أولى أن يقال به مما قاله ناس بعده ، قد يمكن فيهم أن لا يكونوا سمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بلغهم عنه شيء ، وأنهم أناس لا نعرفهم ، فإن قال قائل لا يقول القاسم قال الناس إلا لجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو من أهل العلم لا يجهلون للنبي صلى الله عليه وسلم سنة ولا يجتمعون أبداً من جهة الرأي ولا يجتمعون إلا من جهة السنة .

(قوله) العمرى بضم وسكون الميم مع القصر . قال في الفتح : وحكى ضم الميم مع ضم أوله . وحكى فتح أوله مع السكون وهي مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول له أعمرتك إياها ، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك فقيل لها عمرى لذلك . والرقبى بوزنها مأخوذة من المراقبة ، لان كلا منهما يرقب الاخر متى يموت لترجع اليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه . هذا أصلها لغة

قال ابن حجر : ذهب الجمهور إلى أن العمرى إذا وقعت كانت ملكا للآخر ، ولا ترجع الى الأول الا اذا صرح باشتراط ذلك ، والى أنها صحيحة جائزة . وحكى الطبري عن بعض الناس والماوردي عن داود وطائفة وصاحب البحر عن قوم من الفقهاء أنها غير مشروعة ، ثم اختلف القائلون بصحتها الى ما يتوجه التمليك ، فالجمهور أنه يتوجه الى الرقباء كسائر الهبات حتى لو كان المعمر عبداً فأعتقه الموهوب له نفذ ، بخلاف الواهب أو يتوجه الى المنفعة دون الرقبة ، وهو قول مالك والشافعي في القديم .

وهل يسلك بها مسلك العارية أو الوقف ؟ روايتان عند المالكية ، وعند الحنفية التمليك في العمرى يتوجه الى الرقبة ، وفي الرقبى الى المنفعة ، وعنهم أنها باطلة .

وقد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال (الأول) أن يقول أعمرتكها ويطلق . فهـــذا تصريح بأنها للموهوب له . وحكمها حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب . وبذلك قالت الحنفية ومالك . لأن المطلقة عندهم حكمها حكم المؤبدة . وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه والجمهور . وله قول آخر أنها تكون عارية ترجع بعد الموت الى المالك . وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن المطلقة للمعمر ولورثته من بعده كما تفيده الأحاديث التى مضى ذكرها

الحال الثانى : أن يقول هى لك ما عشت ، فإذا مت رجعت إلىّ فهذه عارية مؤقتة ترجع الى المعير عند موت المعمر . وبه قال أكثر العلماء ، ورجحه جماعة من أصحابنا ، والأصح عند أكثرهم لا ترجع إلى الواهب . واحتجوا بأنه شرط فاسد فيلغى .

واحتجوا بحديث جابر ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم حكم على الأنصـارى الذى أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع اليه ، بل تكون لورثتها ونصه : أن رجلا من الانصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا نحن فيه شرع سواء . قال فأبى ، فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثاً ، رواه أحمد

ويؤيده حديث أن النبى صلى الله عليه وسـلم قضى فى العمرى مع الاستثناء بأنها لمن أعطيها ، ويعارض ذلك ما فى حديث جابر أيضا بلفظ « فأما اذا قلت : هى لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها » ولكنه قال معمر كان الزهرى يفتى به

الحال الثالث : أن يقول هى لك ولعقبك من بعدك ، أو يأتى بلفظ يشعر بالتأبيد ، فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور .

وروى عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف اذا انقرض المعمر وعقبه رجعت الى الواهب ، والأحاديث القاضية بأنها ملك للموهوب ولعقبه ترد عليه وقد ورد عن على رضى الله عنه أن العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس : من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث .

وقال الزهرى : الرقبى وصية — يعنى اذا أنا مت فهذا لك — وقال الحسن

ومالك وأبو حنيفة : الرقبى باطلة ، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى . وقال أحمد : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه . والخلاصة :

إذا شرط فى العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته ، وهذا قول جميع القائلين بها ، واذا أطلقها فهى للمعمر وورثته أيضا لأنها تمليك للرقبة فأشبهت الهبه ، فان شرط أنك اذا مت فهى لى ، فعن أحمد فى احدى الروايتين عنه والشافعى فى القديم والقاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهرى ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبى ذئب وأبى ثور وداود : صحة العقد والشرط ، ومتى مات المعمَر رجعت الى المعمِر

وعن أحمد فى الروايه الأخرى عنه ، وهو ظاهر مذهبه ، والشافعى فى الجديد وأبى حنيفه أنها تكون للمعمر

اذا ثبت هذا فان العمرى تصح فى العقار وغيره من الحيوان والثياب لأنها نوع هبه فصحت فى ذلك كسائر الهبات

ومن ثم اذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذاك فليس ذلك بعقد لازم لأنه فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع انما تستوفى بمضى الزمان شيئا فشيئا ، فلا تلزم الا فى قدر ماقبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحه ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبى والثورى والنخعى والشافعى واسحاق وأحمد وأصحاب الرأى ، وروى معنى ذلك عن حفصه رضى الله عنها ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الوصايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصى بها الى من يصلح لها ، لأن أبا بكر رضى الله عنه وصى الى عمر ووصى عمر رضى الله عنه الى أهل الشورى رضى الله عنهم ورضيت الصحابة رضى الله عنهم بذلك

﴿ فصل ﴾ ومن ثبتت له الولاية فى مال ولده ولم يكن له ولى بعده جاز له أن يوصى الى من ينظر فى ماله لما روى سفيان بن عيينة رضى الله عنه عن هشام بن عروة قال : أوصى الى الزبير تسعة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، منهم عثمان والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود رضى الله عنهم فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله ، وان كان له جد لم يجز أن يوصى الى غيره لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية

(الشرح) الوصايا جمع وصية كعطايا وعطية مأخوذة من قولهم : وصيت الشيء أصيه من باب وعد وصلته ، ووصيت الى فلان توصية وأوصيت اليه ايصاء ، وفى السبعة (فمن خاف من موص) بالتخفيف والتثقيل ، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وهو وصى فعيل بمعنى مفعول والجمع الاوصياء ، وأوصيت اليه بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه . وهذا المعنى لا يقتضى الايجاب ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها . قال تعالى « ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون » وقوله « يوصيكم الله فى أولادكم » أى يأمركم . وفى حديث خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى بتقوى الله . أى أمر فيعم الامر بأى لفظ كان ، وهى فى الشرع عهد خاص مضاف الى ما بعد الموت

والوصية فى الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها . والوصية بالمال التبرع به بعد الموت ، والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . وأما الزبير فإنه ابن عمة رسول الله (ص) وأحد العشرة المبشرين بالجنة . وأحد الستة الذين مات رسول الله (ص) وهو عنهم راض ، وكان مع النبى (ص) على حراء فتحرك فقال اسكن حراء فما عليك الا نبى أو صديق أو شهيد ، وكان عليه أبو بكر وعمر وعثمان وطلحة والزبير .

وخبر ابن عيينة الذى ساقه المصنف رويناه فى مسند أحمد عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه قال : أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن ؛ فكان ينفق على الورثة من ماله ، ويحفظ أموالهم ومناقب الزبير أجل من أن تحصى ، ساق الذهبى بعضها فى سير أعلام النبلاء .

قال تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية » إلخ . الاية . قال مجاهد : الخير فى القرآن كله المال (وإنه لحب الخير لشديد) (إنى أحببت حب الخير عن ذكر ربى) (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وقال شعيب (إنى أراكم بخير) أى بغنى وأوجه ما قيل فى الخير فى القرآن ما قاله الشافعى رضى الله عنه : الخير كلمة يراد ما أريد بها بالمخاطبة بها .

قال تعالى « أولئك هم خير البرية » فقلنا : إنهم خير البرية بالايمان وعمل الصالحات لا بالمال ، وقال تعالى « أولئك لهم خير » فقلنا : إن الخير المنفعة بالأجر لا أن لهم مالا ، وقال « إن ترك خيراً الوصية » فقلنا : إن ترك مالا ، لأن المال هو المتروك . وفى الوصية للأقربين ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنهم الأولاد الذين لا يسقطون فى الميراث دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون .

(والثانى) أنهم الورثة من الأقارب كلهم .

(والثالث) أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث ، فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين حقا واجباً وفرضاً لازماً ، فلما نزلت آية المواريث فسخ فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقى فرض الوصية لغير الورثه من الأقربين على حاله ، وهو قول طاوس وقتادة والحسن البصرى وجابر بن زيد .

واختلف فى القدر الذى يجب عليه أن يوصى منه على أقاويل .

(أحدها) أنه ألف درهم ، وهو قول على بن أبى طالب (والثانى) خمسمائة وهذا قول النخعى (والثالث) تجب فى قليل المال وكثيره ، وهذا قول الزهرى

فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتا ، وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالمواريث ، واختلفوا بأى آية نسخت ، فقال ابن عباس نسخت بآية الوصايا بقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك » الخ وقال آخرون نسخت بقوله تعالى « وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض » الاية .

والوصيه على ثلاثة أقسام قسم لا يجوز وقسم يجوز ولا يجب وقسم مختلف فى وجوبه فأما التى لا يجوز فالوصيه للوارث لحديث شرحبيل بن مسلم عن ابى أمامه سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث ، وأما التى تجوز ولا تجب فالوصيه للأجانب وهذا مجمع عليه ، وقد أوصى البراء بن معرور للنبى صلى الله عليه وسلم بثلث ماله فقبله ثم رده على ورثته . وأما التى اختلف فيها فالوصيه للأقارب ، وذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره فى تفسير الآية إلى وجوبها للأقارب تعلقا بظاهر قوله تعالى « الوصيه للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » وبما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات من غير وصية مات ميتة جاهليه ، والدليل على أنها غير واجبه للأقارب والأجانب ، ما روى ابن عباس وعائشه وابن أبى أوفى رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوص ، وحديث سعد بن أبى وقاص الذى فيه « انك ان تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس » فاقتصر صلى الله عليه وسلم فى الوصيه على ما جعله خارجا مخرج الجواز لا مخرج الإيجاب ثم بين أن غنى الورثه بعده أولى من فقرهم الى الصدقه ، ولان الوصيه لو وجبت لاجبر عليها ولأخذت من ماله عند موته ان امتنع منها كالديون والزكوات . ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات ، وأما الآية فمنع الوالدين من الوصيه مع تقديم ذكرهما فيه دليل على نسخها .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم من مات من غير وصيه مات ميتة جاهليه ، فمحمول على أحد أمرين : اما وجوبها قبل النسخ ؛ واما على من كانت عليه ديون وحقوق لا يوصل الى أربابها الا بالوصيه ، فتصير الوصيه بذكرها وأدائها واجبه ويجوز الوصيه بتعيين الناظر فى ماله بعد موته ، فإن كان له أب أو جد لم يجز أن يوصى الى غيره بالنظر ، لان ولاية الجد مستحقه بالشرع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ومن ثبت له الولاية فى تزويج ابنته لم يجز أن يوصى إلى من يزوجها ، وقال أبو ثور : يجوز كما يجوز أن يوصى إلى من ينظر فى مالها ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال « زوجنى قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون فأتى قدامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا عمها ووصى أبيها ، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر ، فقال صلى الله عليه وسلم : إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها ، ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر فى المال مع وجود الجد .

(فصل) ومن عليه حق يدخله النيابه من دين آدمى أو حج أو زكاة أو رد وديعه جاز أن يوصى إلى من يؤدى عنه ، لأنه إذا جاز أن يوصى فى حق غيره فلأن يجوز فى خاصة نفسه أولى .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطنى وأورده الحافظ ابن حجر فى التلخيص وسكت عنه ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات ويؤخذ من الحديث الذى نسوقه كاملا أن النبى صلى الله عليه وسلم أبطل وصيه عثمان بن مظعون لأخيه قدامه فى ابنته . قال ابن عمر : توفى عثمان بن مظعون وترك ابنه له من خولة بنت حكيم بن أميه بن حارثه بن الأوقصى وأوصى إلى أخيه قدامه بن مظعون .

(قال عبد الله : وهما خالاي ، فخطبت الى قدامه بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبه يعنى الى أمها فأرغبها فى المال ، فحطت اليه وحطت الجاريه الى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما الى رسول الله (ص) فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخى أوصى بها الىّ فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها فى الصلاح ولا فى الكفاءة ولكنها امرأة وانما حطت الى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هى يتيمه ولا تنكح الا بإذنها ، قال : فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة ، والحديث

دليل على أن الولى لا يجوز له أن يوصى الى أخ له أو غيره لتزويجها خلافاً لابى ثور الذى جعل الوصيه الى من ينظر فى تزويجها كالوصيه الى من ينظر فى مالها ، والحديث صريح وقول أبى ثور خطأ . ولان استحقاق الولايه فى النكاح لا يتأسس بوصيه ، وسيأتى تفصيل ذلك فى أبواب المناكحات ان شاء الله .

(فرع) اذا كان عليه دين دنيوى من حقوق الادميين أو دين أخروى من حقوق الله تعالى فإنه يجوز له أن يوصى الى من يتولى الأداء عنه لأنه اذا كان يجوز له أن يوصى فى أداء حقوق غـيره فلأن يوصى لمن يؤدى ما يتعلق بخاصة نفسه أولى .

وقال بعض الاصحاب : بوجوب الوصيه فى مثل من عليه دين أو عنده وديعه أو عليه واجب يوصى بالخروج منه ، فإن الله تعـالى فرض أداء الأمانات ، وطريقه فى هذا الباب الوصيه فتكون فرضاً عليه . وأما الوصيه بجزء من ماله فليست بواجبه على أحد فى قول الجمهور ، وبذلك قال الشعبى والنخعى والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم .

وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصية غـير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينه ، وأمانه بغير اشهاد الا طائفه شذت فأوجبتها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن ملك التصرف فى ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه فى وجوه البر ، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت مرضا أشرفت منه على الموت فأتانى رسول الله (ص) يعودنى فقلت : يا رسول الله لى مال كثير وليس يرثنى الا ابنتى أفأتصدق بمالى كله قال : لا ، قلت : أتصدق بثلثى مالى قال : لا ، قلت أتصدق بالشطر قال : لا ، قلت أتصدق بالثلث قال : الثلث ، والثلث كثير انك ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس ولا يجب ذلك لقوله تعالى « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين ؛ الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفا » وفسر بالوصية ، فجعل ذلك

إليهم فدل على أنها لا تجب ، ولأنه عطيه لا تلزم فى حياته فلم تلزم الوصيه به قياسا على ما زاد على الثلث .

(فصـل) وإن كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفى الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم « الثلث كثير أنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقراء فدل على أن المستحب أن لا يستوفى الثلث . وعن على رضى الله عنه أنه قال « لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث » وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفى الثلث لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه .

(الشرح) حديث عامر بن سعد بن أبى وقاص رواه الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت : يا رسول الله إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا : قلت : فالشطر يارسول الله ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير ، انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وفى رواية أكثرهم « جاءنى يعودنى فى حجة الوداع » وفى لفظ « عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرضى فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم قلت : بمالى كله فى سبيل الله ، قال : فما تركت لولدك ؟ قلت : هم أغنياء ؛ قال : أوصى بالعشر ، فما زال يقول وأقول حتى قال : أوصى بالثلث ، والثلث كثير أو كبير » رواه النسائى وأحمد بمعناه الا أنه قال « قلت : نعم جعلت مالى كله فى الفقراء والمساكين وابن السبيل » ورواه الشافعى عن سفيان عن الزهرى عن عامر بن سعد عن أبيه بلفظ : مرضت عام الفتح . وساق الحديث .

أما قوله تعالى « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض » الآية . قيل انه أراد بالمؤمنين الانصار وبالمهاجرين قريشا ، وفيه قولان

(أحدهما) أنه ناسخ للتوارث بالهجرة . حكى سعيد عن قتادة قال : كان نزل

فى سورة الانفال « والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا » فتوارث المسلمون بالهجرة ، فكان لا يرث الاعرابى المسلم من قريبه المسلم شيئا حتى يهاجر ، ثم نسخ ذلك . وفى هذه الآية « وأولوا الارحام الخ »

(الثانى) أن ذلك ناسخ للتوارث بالحلف والمؤاخاة فى الدين ، روى هشام ابن عروة عن أبيه عن جده : وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وذلك أنا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمنا ولا أموال لنا ، فوجدنا الانصار نعم الاخوان فآخيناهم فأورثونا وأورثناهم : فآخى أبو بكر خارجه بن زيد . وآخيت أنا كعب بن مالك ، فجئت فوجدت السلاح قد أثقله ، فو الله لقد مات عن الدنيا ما ورثه غيرى حتى أنزل الله هذه الآيه فرجعنا الى موارثنا

وثبت عن عروة أن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين الزبير وبين كعب بن مالك فارتث كعب يوم أحد ، فجاء الزبير يقوده بزمام راحلته ، فلو مات يومئذ كعب عن الضح والريح لورثه الزبير ، فأنزل الله تعالى الآيه ، فبين تعالى أن القرابه أولى من الحلف ، فتركت الوراثه بالحلف وورثوا بالقرابه

قال ابن العربى : وأولوا الارحام بالاجماع لأن ذلك يوجب تخصيصا ببعض المؤمنين ، ولا خلاف فى عمومها ، وهذا حل اشكالها

وأما أثر على كرم الله وجهه فإنه يفيد استحباب النقص عن الثلث وهو من فقهه الذى لا يخلو من أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وبهذا الفقه أخذ الشافعى رضى الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم « الثلث والثلث كثير » ولحديث ابن عباس قال « لو أن الناس غضوا من الثلث الى الربع فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الثلث والثلث كثير » رواه أحمد والبخارى ومسلم ، وقد أخذ ذلك من وصفه صلى الله عليه وسلم للثلث بالكثرة ، ويبدو أن (أو) التى جاءت بين كثير وكبير جاءت من الراوى بعد عهد الترقيم لان ورود (كثير) هكذا بغير اعجام تقرأ كبير وتقرأ كثير خروجاً من حرج أن اللفظ النبوى أحـــدهما وضع اللفظان مفصولين بأو .

أما الاحكام : فإن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به

وسواء كان المال عيناً أو ديناً حاضراً أو غائباً معلوما أو مجهولا مشاعا أو محوزاً وتقدر الوصية بالثلث ، وليس للموصى الزيادة عليه لحديث سعد « الثلث والثلث كثير » وإن نقص من الثلث جاز ، وأولى الأمرين به أن يعتبر حال الورثة . فإن كانوا فقراء كان النقصان من الثلث أولى به من استيعاب الثلث لقول على كرم الله وجهه « لأن أوصى بالخمس أحب إلىّ من أن أوصى بالثلث» وقد أورده الماوردى فى الحاوى الكبير عن رواية أخرى « لأن أوصى بالسدس أحب إلى من أن أوصى بالربع ، وبالربع أحب إلى من الثلث »

وإن كان ورثته أغنياء وكان فى ماله سعة فاستيفاء الثلث أولى به . وقد قال عمر رضى الله عنه : الثلث وسط ، لابخس ولا شطط . ولو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره ، ومع فقر الورثة وغناهم ، وصغيرهم وكبيرهم ، كانت وصيته ممضاة له .

فأما الزيادة على الثلث فهو ممنوع منها فى قليل المال وكثيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم منع سعداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظرت فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازة ورده . فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث . وإن أجازها صحت . ثم فيها قولان

(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض ، وله فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وينبغى لمن رأى المريض يجنف فى الوصية أن ينهاه لقوله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديداً » قال أهل التفسير : إذا رأى المريض يجنف على ولده أن يقول اتق الله ولا توص بمالك كله ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى سعداً عن الزيادة على الثلث .

(فصل) والأفضل أن يقدم مايوصى به من البر فى حياته لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الصدقة أفضل ؟ قال

أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فان اختار أن يوصى فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما حق امرىء مسلم عنده شيء يوصى يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ولأنه إذا أخر لم يأمن أن يموت فجأة فتفوته .

(فصل) وأما من لا يجوز تصرفه فى المال — فان كان ممن لا يميز كالمعتوه والمبرسم ومن عاين الموت — لم تصح وصيته لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز ، ولهذا لا يصح إسلامه ولا توبته فلم تصح وصيته ، فان كان صبياً مميزاً أو بالغاً مبذراً ففيه قولان

(أحدهما) لا تصح وصيته ، لأنه تصرف فى المال فلم يصح من الصبي والمبذر كالهبة (والثاني) تصح ، لأنه انما منع من التصرف خوفا من إضاعة المال وليس فى الوصيه إضاعة المال ، لأنه ان عاش فهو على ملكه ؛ وان مات لم يحتج الى غير الثواب ، وقد حصل له ذلك بالوصية .

(الشرح) قوله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم » الآيه . فى هذه الآيه وجهان كل وجه لا يطرد فى كل الناس ، لأن الناس منهم من يصلح لهم أن يكون معنى الآيه ماروى عن سعيد بن جبير : اذا حضر الرجل الوصيه فلا ينبغى أن يقول أوصى بمالك ، فان الله تعالى رازق ولدك ، ولكن يقول قدم لنفسك واترك لولدك ، فذلك قوله تعالى « فليتقوا الله » ، ومنهم من يصلح له ما قال مقسم وحضرمى : نزلت فى عكس هذا ، وهو أن يقول للمحتضر من يحضره : أمسك على ورثتك ، وأبق لولدك ، فليس أحد أحق بمالك من أولادك ، وينهاه عن الوصيه فيتضرر بذلك ذووا القربى وكل من يستحق أن يوصى له ، فقيل لهم ، كما تخشون على ذريتكم وتسرون بأن يحسن اليهم فكذلك سددوا القول فى جهة المساكين واليتامى ، واتقوا الله فى ضررهم

وهذان القولان مبنيان على وقت وجوب الوصيه قبل نزول آية المواريث

وأحسن ما قيل فيها ما حكاه الشيباني قال: كنا على قسطنطينية في عسكر مسلمة ابن عبد الملك فجلسنا يوما في جماعة من أهل العلم فيهم ابن الديلمي فتذاكروا ما يكون من أهوال آخر الزمان. فقلت له: يا أبا بشر، ودي ألا يكون لي ولد. فقال لي: ما عليك، ما من نسمة قضى الله بخروجها من رجل إلا خرجت أحب أو كره، ولكن إن أردت أن تأمن عليهم فاتق الله في غيرهم. ثم تلا الآيه.

وقوله «يجنف» من جنف يجنف كسمع يسمع إذا جار والاسم منه جنف وجانف. قال الأعشى

تجانف عن حجر اليمامة ناقتي　　وما قصدت من أهلها لسوائكا

ومنه قوله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً» قال الشاعر

هم المولى وان جنفوا علينا　　وإنا من لقائهم لزُورُ

وقال لبيد:

إني امرؤ منعت أرومة عامر　　ضيمي وقد جنفت عليّ خصومي

وقال تعالى «فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم» أى مائل اليه

روى أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إن الرجل أو المرأة ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضارّان في الوصية فتجب لهما النار» وترجم النسائي الصلاة على من جنف في وصيته

أخبرنا على بن حجر أنبأنا هشيم عن منصور — وهو زاذان — عن الحسن ابن سمرة عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب من ذلك وقال «لقد هممت ألا أصلي عليه» ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وأخرجه مسلم بمعناه إلا انه قال في آخره وقال قولا شديداً بدل قوله «لقد هممت الا أصلي عليه»

قال الماوردي في تأويل قوله تعالى، جنفا أو إثما ثلاثة أقاويل (أحدها) أن الجنف الميل، والاثم أن يأثم في أثرة بعضهم على بعض. وهذا قول عطاء وابن زيد (والثاني) أن الجنف الخطأ والاثم العمد، وهذا قول السدي (والثالث) انه

الرجل يوصي لولد بنيه وهو يريد بنيه . وهذا قول طاوس . فالإضرار في الوصية أن يوصي بأكثر من الثلث ، والإضرار في الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل ويشتري بأكثر منه .

وقد روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الاضرار في الوصية من الكبائر . وقال تعالى « ووصى بها ابراهيم بنيه » الايه

والأفضل أن يقدم ما يوصي به حال حياته ، لحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل ؟ قال : أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا »

وقد أخرج هذا الحديث الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذي ، ورواه أحمد في مسنده ولفظه في أكثرها « جاء رجل فقال يا رسول الله : أي الصدقه أفضل أو أعظم أجراً ؟ قال : أما وأبيك لتفتان أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان »

وقوله « لتفتأن بالبناء لما لم يسم فاعله من الفتيا . وفي نسخة لتنبأن من النبأ وقوله « أن تصدق بتخفيف الصاد على حذف إحدى التاءين ، وأصله أن تتصدق والتشديد على الادغام .

قوله « شحيح » قال صاحب المنتهى : الشح بخل مع حرص ، قال الخطابي فيه ان المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه ، وأن سخاوته بالمال في مرضه لا تمحو عنه سمة البخل ، فلذلك شرط صحة البدن في الشح بالمال لأنه في الحالتين يجد المال وقعاً في قلبه لما يأمله من البقاء فيحذر معه الفقر

قال ابن بطال وغيره ، لما كان الشح غالبا في الصحة فالسماح فيه بالصدقة أصدق في النية وأعظم للأجر بخلاف من يئس من الحياة ورأى مصير المال لغيره

وقوله « حتى اذا بلغت الروح الحلقوم » أي قاربت بلوغه ، إذ لو بلغته حقيقة لم يصح شيء من تصرفاته ، والحلقوم مجرى النفس

قوله « قلت لفلان كذا » قال ابن حجر : الظاهر أن هذا المذكور على سبيل المثال ، وقال الخطابي : فلان الأول والثاني الموصى له ، وفلان الأخير الوارث لأنه إن شاء أبطله وإن شاء أجازه ، والمقصود أن الحديث يدل على أن تنجيز وفاء الدين والتصدق فى حال الصحة أفضل منه حال المرض لأنه فى حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالباً لما يخوفه به الشيطان ويزينه له من الأمل فى الحياة والحاجة إلى المال ، قال تعالى « الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء ، والله يعدكم مغفرة منه وفضلا » وفى معنى الحديث قوله تعالى « وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتى أحدكم الموت » الآية ، وفى معنى الحديث أيضاً ما أخرجه الترمذى بإسناد حسن وصححه ابن حبان عن أبى الدرداء مرفوعا « مثل الذى يعتق ويتصدق عند موته ، مثل الذى يهدى إذا شبع » .

وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شىء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » ورواه الشافعى بلفظ « ما حق امرىء يؤمن بالوصية » أى يؤمن بأنها حق كما حكاه ابن عبدالبر عن ابن عيينة ، ورواه ابن عبدالبر والطحاوى بلفظ « لا يحل لامرىء مسلم له مال » وقال الشافعى : معنى الحديث ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، وكذا قال الخطابى ، قوله : مسلم .

قال ابن حجر فى فتح البارى : هذا الوصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له أو ذكر للتهييج لتقع المبادرة إلى الامتثال لما يشعر به من نفى الإسلام عن تارك ذلك ، ووصية الكافر جائزة فى الجملة .

وحكى ابن المنذر فيه الإجماع . قوله يبيت صفة لمسلم . قوله ليلتين فى رواية للبيهقى وأبى عوانه . ليلة أو ليلتين ، ولمسلم والنسائى ثلاث ليال ، واختلاف الروايات فى هذا يدل على أنه للتقريب لا للتحديد ، والمعنى لا يمضى عليه زمان وإن كان قليلا إلا ووصيته مكتوبة ، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير ، وكأن الثلاث غاية التأخير ، ولذلك قال ابن عمر رضى الله عنه لم أبت ليلة منذ سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتي عندي ، وفى تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح فى إرادة المبالغة ، أى لا ينبغى أن يبيت زمنا ما وقد سامحناه فى الليلتين والثلاث ، فلا ينبغى له أن يتجاوز ذلك . أما قوله المبرسم وهو الذى أصيب بعلة الورم فى الدماغ يصاب صاحبه بصداع وكراهية للضوء وزوال للعقل ، وقيل انه الموت لان بر بالسريانيه الإبن والسام الموت ، ومنه حديث شفاء من كل داء الا السام . قيل وما السام ؛ قال الموت .

اذا ثبت هذا : فإن الوصايا تشتمل على أربعة شروط وهى موصى وموصى له وموصى به وموصى اليه . فأما الفصل الأول وهو الموصى فمن شرطه أن يكون مميزا حراً ، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته فى ماله مسلما كان أو كافراً ، فأما المجنون فلا تصح وصيته لأنه غير مميز . وأما الصبى فإن كان طفلا غير مميز فوصيته باطلة ، وان كان مراهقا ففى جواز وصيته قولان .

(أحدهما) لا تجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، واختاره المزنى لارتفاع القلم عنه كالمجنون ؛ لان الوصية عقد فأشبهت سائر العقود .

(والقول الثانى) وبه قال مالك ان وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزرقى قال سئل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن غلام يافع من غسان وصى لبنت عمه وله عشر سنين ، وله وارث ببلد آخر ، فأجاز عمر رضى الله عنه وصيته ، ولان المعنى الذى لأجله منعت عقوده هو المعنى الذى أمضيت وصيته لان الحظ له فى منع العقود لانه لا يتعجل بها نفعا ، ولا يقدر على استدراكها اذا بلغ والحظ له فى امضاء الوصية ، لانه ان مات فله ثوابها وذلك أحظ له من تركه على ورثته ، وان عاش وبلغ قدر على استدراكها والرجوع فيها ، فعلى هذا لو أعتق فى مرضه أو حابى أو وهب ففى صحة ذلك وجهان .

(أحدهما) صحيح ممضى لان ذلك وصيه يعتبر من الثلث .

(والوجه الثانى) أنه باطل مردود لأن الوصيه يقدر على الوجوع فيها ان صح ، والعتق والهبه لا يقدر على الرجوع فيها ان صح .

فأما وصيه المحجور عليه بالسفه . فإن قيل بجواز وصيه الصبى فوصيه

السفيه أجوز ، وإن قيل ببطلان وصية الصبي بابطال عقوده بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده .

وأما المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت ، وإن أمضوها جازت ، فإن قلنا : حجر الفلس كحجر المرض صحت ، وإن قلنا : إنه كحجر السفه كان على وجهين ، فأما العبد فوصيته باطلة ، وكذلك المدبر وأم الولد والمكاتب لأن السيد أملك منهم لما في أيديهم . فأما الكافر فوصيته جائزة ذميا كان أو حربيا اذا أوصى بمثل ما يوصى به المسلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما اذا أوصى بما زاد على الثلث ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث المسلمين ، ولا مجيز له منهم فبطلت فإن كان له وارث ففيه قولان .

(أحدهما) أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث ، والنهي يقتضي الفساد ، وليست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث .

(والثاني) أنها تصح وتقف على اجازة الوارث ، فإن أجاز نفذت ، وان ردها بطلت ، لأن الوصية صادفت ملكه ، وانما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت الإجازة كما لو باع ما فيه شفعه ، فإن قلنا : على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة ، ويعتبر في لزومها القبض ، وان كان الوصيه عتقاً لم يصح الا بلفظ العتق ، ويكون الولاء فيه للوارث ، وان قلنا انها تصح كانت الإجازة امضاء لما وصى به الموصى وتصح بلفظ الإجازة كما يصح العفو عن الشفعه بلفظ العفو ، فإن كانت الوصيه عتقاً كان الولاء للموصى ، ولا يصح الرد والإجازة الا بعد الموت لانه لا حق له قبل الموت فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعه قبل البيع .

(فصل) فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث ، ثم قال أجزت لاني ظننت أن المال قليل وأن ثلثه قليل ، وقد بان أنه كثير لزمت الإجازة فيما علم والقول

قوله فيما لم يعلم مع يمينه فإذا حلف لم يلزمه لأن الإجازة فى أحد القولين هبة ، وفى الثانى إسقاط والجميع لا يصح مع الجهل به وان وصى بعبد فأجازه الوارث ثم قال أجزت لانى ظننت أن المال كثير ، وقد بان أنه قليل ففيه قولان .

(أحدهما) أن القول قوله كالمسئلة قبلها (والثانى) أنه يلزمه الوصية لأنه عرف ما أجازه ويخالف المسئلة قبلها فان هناك لم يعلم ما أجازه .

(الشرح) الأحكام : الزيادة على الثلث ممنوع منها فى قليل المال وكثيره لحديث سعد الذى مضى تخريجه وبيان طرقه الذى منع سعداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظر ، فان كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازته ورده ، فان ردها رجعت الوصيه الى الثلث ، وان أجازها صحت ، ثم فيها قولان .

(أحدهما) أن اجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم الا بالقبض وله الرجوع فيها مالم يقبض ، وان كانت قبل القبض بطلت كالهبات . فان لم يكن للميت وارث فاوصى بجميع ماله ردت وصيته الى الثلث فى حق بيت المال .

وقال أبو حنيفة : وصيته اذا لم يكن له وارث نافذة فى جميع ماله استدلالا بأن النبى صلى الله عليه وسلم لما منع سعداً من الزيادة على الثلث قال : لأن تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم عالة يتكففون الناس فجعل المنع من الزيادة حقا للورثة ، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع ، وبما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال لا وارث لمن وضع ماله حيث شاء ، ولانه لما كانت الصدقة بجميع ماله جازت وصيته بجميع ماله .

ودليلنا ماروى عن أبى الدرداء رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم » رواه الدارقطنى ورواه أحمد والبيهقى والبزار وابن ماجه من حديث أبى هريرة بلفظ « ان الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » وقد ضعف الحافظ ابن حجر اسناده وأخرجه أيضاً

الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة بلفظ « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعل لكم زكاة في أموالكم » وفي اسناده اسماعيل ابن عياش وشيخه عتبه بن حميد .

ولأن الأنصارى أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ما مضى ذكره ، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثا لأمرين .

أحدهما : أنه يخلف الورثة في الاستحقاق لماله .

والثاني : أنه يعقل عنه كورثته ، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث ، وقد يتحرر منه قياسان (أحدهما) أن كل جهة استحقت التركة بالوفاة منعت من الوصية بالجميع كالورثه (والثاني) أن ما منع من الوصايا مع الورثه منع منها مع بيت المال كالديون .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلا لرد الزيادة على الثلث ، ولو كان ذلك تعليلا لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس ، وإنما قاله صلة في الكلام وتنبيها على الحظ .

وأما قول ابن مسعود يضع ماله حيث يشاء ، فماله الثلث وحده ، وله وضعه حيث شاء ، وأما الصدقة فهى كالوصية إن كانت في الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه ، وإن كانت في المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث : فمنهم من قال الاعتبار بقدر المال في حال الوصية لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال ، فكان الاعتبار فيه بحال العقد ، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية في الزيادة ، فان وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلق به الوصية ، وان

وهى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية ، ومنهم من قال : الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب ، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها ، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن ، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن ، لأنه لم يكن حال الوصية ، فعلى هذا لو وصى بثلث ماله وماله ألف فصار ألفين لزمت الوصية فى ثلث الألفين ، فإن وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت به الوصية ، فان وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية .

(الشرح) الأحكام : تجوز الوصية بثلث ماله وإن لم يعلم قدره ، واختلف أصحابنا هل يراعى بثلث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة على وجهين (أحدهما) وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصيه ، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لأنها عقد ، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى حنيفة وأكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة ، لأن الوصايا تملك بالموت ، فاعتبر بها وقت ملكها ، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلث ماله ولا مال له ثم أفاد مالا — فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتباراً بحال الوصية ، وعلى الوجه الثانى تكون الوصيه جائزة اعتباراً بحال الموت . وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرساً ولا خيلا ثم ملك قبل الموت خيولا صحت الوصيه ان اعتبر بها حال الموت ، وبطلت ان اعتبر بها حال القول ؛ وعلى هذا القول لو وصى بثلث ماله وله مال فهلك ماله وأفاد غيره صحت الوصيه فى المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت ، وبطلت ان اعتبر بها حال الوصيه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما الوصيه بما لا قربة فيه كالوصيه للكنيسه والوصيه بالسلاح لأهل الحرب فهى باطلة لأن الوصيه إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان الله تعالى أعطاكم ثلث

أموالكم فى آخر آجالكم زيادة فى حسناتكم ، وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية ، فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه وجهان

(أحدهما) يصح لأنه قصد تخصيصه بالتمليك (والثانى) لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة ، فلم تصح الوصية به ، وإن وصى لذمى جاز ، لما روى أن صفية وصت لأخيها بثلثها ثلاثين ألفاً وكان يهودياً ، ولأن الذمى موضع للقربة ، ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع فجازت له الوصية ، فإن وصى لحربى ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا تصح الوصية ، وهو قول أبى العباس بن القاص ، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ ماله فلا معنى للوصية له (والثانى) يصح – وهو المذهب – لأنه تمليك يصح للذمى فصح للحربى كالبيع .

(فصل) واختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله فقال فى أحد القولين : لا يجوز لأنه مال يستحق بالموت فمنع القتل منه كالميراث ، وقال فى الثانى يجوز لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع ، فإن قتلت أم الولد مولاها عتقت لأن عتقها ليس بوصية ، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه . فإن قتل المدبر مولاه فإن قلنا ان التدبير عتق بالصفة عتق لأنه ليس بوصية ، وإنما هو عتق بصفة وقد وجدت الصفة فعتق ، وان قلنا إنه وصية وقلنا ان الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق ، وان قلنا انها تجوز عتق من الثلث فإن كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين ، لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له فى بقائه ، بل الحظ فى إسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه

(الشرح) حديث إن الله تعالى أعطاكم الخ . فقد رواه الدارقطنى عن أبى الدرداء وسكت ولم يتكلم عليه الحافظ بن حجر ؛ ورواه وأخرجه أيضا أحمد وكذلك البيهق وابن ماجه والبزار من حديث أبى هريرة . قال الحافظ بن حجر وإسناده ضعيف ، ورواه الدارقطنى والبيهقى عن أبى أمامة، وفى اسناده اسماعيل ابن عياش ، وهو ثقة فى الشاميين ضعيف فى غيرهم ، وهو رواه عن شيخه عتبه

ابن حميد الضبي صدوق له أوهام . ورواه العقيلي فى الضعفاء عن أبى بكر الصديق وفى إسناده حفص بن عمرو بن ميمون وهو متروك . وعن خالد بن عبد الله السلمى عند ابن عاصم وابن السكن وابن قانع وأبى نعيم والطبرانى وهو مختلف فى صحبته ، ورواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول

وأما وصية أم المؤمنين صفية رضى الله عنها فقد مضى تخريج الخبر فى كتاب الوصى فلا ضرورة لإعادته .

أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكنائس باطلة لأنها مجمع معاصيهم ومنتدى تأليههم للبشر ، ومباءة التثليث والتجسيد . وكذلك الوصية لكتب التوراة والأناجيل لتبديلها وتغييرها ، وسواء كان الموصى مسلما أو كافراً . وأجازها أبو حنيفة من الكافر دون المسلم ، وهكذا أجاز وصيته بالخمر والخنزير يتصدق بها على أهل الذمة . وهذا فاسد لقوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » .

وخالف أبا حنيفة صاحباه فى الكنيسه ووافقاه فيما عداها . فأما الوصيه للكافر فجائزة ذميا كان أو حربيا ، وقال أبو حنيفه : الوصيه للحربى باطلة لأن الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين فلم يجز أن يبيح للمشركين أموال المسلمين وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أنه لما لم يمنع شرك الذمى لم يمنع شرك الحربى من الوصيه كالنكاح (والثانى) أنه لما جازت الهبه للحربى وهى أمضى عطيه من الوصية كان أولى أن تجوز له الوصيه ، وسواء كان الموصى مسلما أو كافراً .

فأما الوصيه للمرتد فعلى ثلاثة أقسام ذكرناها فى كتاب الوقف

(أحدها) أن يوصى لمن يرغب عن الاسلام فالوصيه باطله لعقدها على معصيه

(الثانى) أن يوصى بها لمسلم فيرتد عن الاسلام بعد الوصيه له فالوصيه جائزة لأنها وصيه صادفت حال الاسلام

(والثالث) أن يوصى بها لمرتد معين ففى الوصيه وجهان ، أحدهما باطلة . والثانى : جائزة .

أما المحاباة فى المرض ، وهى أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهى أقسام (أحدها) المحاباة فى البيع والشراء ، ولا يمنع ذلك صحه فى

قول جمهور الفقهاء . وقال أصحاب داود بن على : العقد باطل . وعموم قوله تعالى : وأحل الله البيع دليل على صحة قول الجمهور ، ولأنه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كغير المريض ، فلو باع فى مرضه فرساً قيمته خمسون بعشرين فقد حابى المشترى بثلاثة أخماسه ؛ وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن لم يجيزوا واختار المشترى فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عند أصحاب أحمد وهو اختيار ابن قدامه فى المغنى أنه يأخذ النصف للمبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى . وهذا أحد الوجهين عند أصحاب الشافعى . والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله ، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن . وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولأصحابنا كما ساق المصنف ذلك اذا وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة . فإذا قلنا إن مجرد التخصيص بالتمليك يقوم مقام المحاباة صحت الوصية على هذا الوجه .

وإن قلنا إن البيع من غير محاباة ليس قربة والمراعى فى الوصيه التقرب إلى الله تعالى لحديث أبى الدرداء لم تصح الوصيه

(فرع)

تصح الوصيه للذمى باتفاق أهل العلم لا نعلم فى ذلك خلافا ، ولأن الصدقه عليه جائزة فجازت الوصيه . أما الحربى ففيه لأصحابنا وجهان

(أحدهما) وهو المذهب وبه قال أحمد فى المنصوص عنه وهو قول مالك أن الوصيه للحربى تصح فى دار الحرب

(والثانى) لا تصح وهو قول أبى حنيفه لقوله تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم - الى قوله تعالى - انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين » الايه ، فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره ، وهو قول أبى العباس بن القاص من أصحابنا ، لأن القصد من الوصيه القربه الى الله بنفع يعود الى الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ سلبه ؛ فلا معنى للوصيه مع قيام هذا كله .

دليلنا : أنه تمليك يصح للذمى فصح للحربى ، ولما كانت تصح هبته فقد صحت الوصية له كالذمى ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال « يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت فى حلة عطارد ما قلت ، فقال : إنى لم أعطكها لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة » .

وعن أسماء بنت أبى بكر قالت « أتتنى أمى وهى راغبة - تعنى عن الإسلام - فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتتنى أمى وهى راغبة أوأصلها ، قال : نعم وهذان الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبى كان يبر المقاتله من الصليبيين حتى كان مضرب المثل فى المروءة وعلو الهمة فكان يداوى مرضاهم ويأسو جراحهم ، بيد أنه لم يعف عمن طغى وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم لئن أظفره الله به ليضربن عنقه بيده ؛ وعندما وقع فى الأسر مع غيره من ملوك أوربة عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده برا بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغا ما بلغ قدره ، فهذا هو طريق الشرع ، وإن احتج بالمفهوم فإنه لايراه حجة ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة . والوصية فى معناها ، فأما المرتد فعند أبى الخطاب من أصحاب الإمام أحمد تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبى موسى : لا تصح لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولأن ملكه يزول عن ماله بردته فى قول جماعة منهم فلا يثبت له الملك بالوصية ، وقد مضى مذهبنا فيه فى الوقف .

(فرع) الوصيه للقاتل فيها قولان .

أحدهما — وهو مذهب مالك رضى الله عنه تجوز الوصيه ، وإن لم يرث كما تجوز الوصيه للكافر ، وإن لم يرث ، ولأنه تمليك يراعى فيه القبول فلم يمنع منه القتل كالبيع ، وهذا أحد الاوجه الثلاثه عند الحنابله حيث قال ابن حامد : تجوز الوصيه له . وهو قول أبى ثور وابن المنذر أيضاً .

والقول الثانى — وهو قول أبى حنيفه رضى الله عنه وأحد الأوجه الثلاثه

عند الحنابلة : لا تصح الوصية له . لأن أحمد رضى الله عنه نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره ، وعندنا أنه يبطل إذا اعتبر التدبير وصية ، أما إذا اعتبر صفة فإن التدبير ماض ويعتق بموت سيده ولو قتلا وهذا أيضا قول الثورى وأصحاب الرأى لأن القتل يمنع الميراث الذى هو آكد من الوصية فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنعه : لأن الميراث أقوى التمليكات فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية .

فإذا تقرر هذان القولان فلا فرق بين أن يوصى له بعد جرحه إياه وجنايته عليه ، وبين أن يوصى له قبل الجناية ثم يجنى عليه فيقتله فى أن الوصية على قولين ولكن لو قال الموصى وليس بمجروح : قد وصيت بثلثى لمن يقتلنى فقتله رجل لم تصح الوصية له قولا واحداً لأمرين .

(أحدهما) أنها وصية عقدت على معصية .

(والثانى) أن فيها إغراء بقتله ، فلو وصى بثلثه لقاتل زيد ، فإن كان قبل القتل لم يجز لما ذكرنا ، وإن كان بعد قتله جاز ، وكان القتل تعريفاً ، وهكذا لو وهب فى مرضه لقاتله هبة أو حاباه فى بيع أو أبرأه من حق فكل ذلك على قولين لانها وصية له تعتبر فى الثلث . وهكذا لو أعتق فى مرضه عبداً فقتل العبد سيده كان فى عتقه قولان لأنها وصية له ، ولكن لو وهب هبة فى صحته أو أبرأ من حق أو حابى فى بيع أو أعتق عبداً ، ثم إن الموهوب له قتل الواهب أو المبرأ قتل المبرىء أو المحابى قتل المحابى والعبد قتل السيد كان ذلك كله نافذاً ماضياً ، لأن فعله فى الصحة جرى مجرى الوصايا ، ولو جرح رجل رجلا ـ ثم إن المجروح وصى للجارح بوصية ثم جنى على الموصى آخر فذبحه ـ جازت الوصية للجارح الأول ، لأن الذابح صار قاتلا ، ولو لم يكن الثانى قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثانى والأول قاتلين ، فردت الوصية للأول فى أحد القولين ، وهذا هو قول مالك وأبى ثور وابن المنذر وأحد القولين عند أحمد ؛ وأظهر القولين للشافعى لأن الهبه تصح فصحت الوصيه له كالذمى ، وقال القاضى أبو بكر من الحنابلة : لا تصح الوصيه له وهذا هو قول الثورى وأصحاب الرأى وأحد قولى الشافعى .

قال الماوردى فى حاويه : وإذا قتل المدبر سيده — فإن قيل : إن التدبير عتق بصفه لم يبطل عتقه ، وإن قيل : إن التدبير وصيه ففى بطلان عتقه قولان لأنه يعتق فى الثلث ، ولو قتلت أم الولد سيدها بعد عتقها صح عتقها قولا واحداً لأمرين ،

أحدهما : أن عتقها مستحق من رأس المال .

والثانى : أن فى استبقائها على حالها إضراراً بالورثه لأنهم لا يقدرون على بيعها ، وخالف استبقاء رق المدبر للقدرة على بيعه — ثم ينظر فى أم الولد إذا كان قتلها عمداً — فان لم يكن ولدها باقياً قتلت قوداً ، وإن كان باقيا سقط القود عنها لان ولدها شريك للورثه فى القود فيها ، وهو لا يستحق القود من أمه فسقط حقه ، وإذا سقط القود عنها فى حق بعض الورثه سقط فى حق الجميع اه .

ولو أن رجلا وصى لابن قاتله أو لأبيه أو لزوجته صحت الوصيه لان القاتل غير الموصى له ، ولو أوصى لعبد القاتل لم تجز فى أحد القولين لانها وصيه للقاتل ، ولو أقر رجل لقاتله بدين كان إقراره نافذاً قولا واحداً لان الدين لازم وهو من رأس المال فخالف الوصايا ، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل حل بموت المقتول ولا يبقى إلى أجله ، لان الاجل حق لمن عليه الدين لا يورث عنه ، وليس كالمال الموروث إذا منع القاتل منه صار الى الورثه ، وسواء كان القتل فى الوصيه عمداً أو خطأ كما أن الميراث يمنع منه قتل العمد والخطأ ؛ فلو أجاز الورثه الوصيه للقاتل ، وقد منع منها فى أحد القولين — كان فى إمضائها باجازته وجهان من اختلاف قولين فى إمضائهم للوصيه للوارث .

فان قلنا : إن الوصيه للوارث مردودة ولا تمضى باجازتهم ردت الوصيه للقاتل ولم تمض باجازتهم ، وإن قلنا انه يمضى الوصيه للوارث باجازتهم أمضيت الوصيه للقاتل باجازتهم ، والأصح إمضاء الوصيه للوارث بالإجازة ، ورد الوصيه للقاتل مع الإجازة ، لان حق الرد فى الوصيه للقاتل انما هو المقتول لما فيه من حسم الذرائع المفضيه الى قتل نفسه فلم تصح الوصيه له . باجازتهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ واختلف قوله فى الوصية للوارث فقال فى أحد القولين لا تصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا وصية لوارث » ولأنها وصية لاتلزم لحق الوارث فلم تصح ، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الاجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر فى الهبة . والثانى تصح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تجوز لوارث وصية إلا ان شاء الورثة ، فدل على أنهم إذا شاءوا كانت وصية ، وليست الوصية فى ملكه وإنما يتعلق بها حق الورثة فى الثانى فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة ، فعلى هذا إذا أجاز الورثه نفذت الوصية

﴿ فصـل ﴾ ولا تصح الوصية لمن لا يملك فإن وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة ، وإن وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو لستة أشهر وليست بفراش صحت الوصيه لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية ، وان وضعته لستة أشهر وهى فراش لم تصح الوصيه لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصيه فلم تصح الوصيه بالشك فإن ألقته ميتاً لم تصح الوصيه لأنه لا يتيقن حياته حال الوصيه ، ولهذا لا يحكم له بالإرث فلم يحكم له بالملك بالوصيه ، فإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصيه . وقال أبو إسحاق تصح والمذهب الاول لأنه تمليك لمن لا يملك فلم يصح

﴿ فصـل ﴾ فإن قال وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تمليك لغير معين ، فإن قال أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز لأنه ليس بتمليك وانما هو وصيه بالتمليك ، ولهذا لو قال بعت هـذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح ولو قال لوكيله بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز

﴿ فصـل ﴾ فإن أوصى لعبده كانت الوصيه لوارثه ، لأن العبد لا يملك فكانت الوصيه للوارث ، وقد بيناه ، فإن وصى لمكاتبه صحت الوصيه ، لأن المكاتب يملك المـال بالعقد فصحت له الوصيه ، فإن وصى لأم ولده صحت لأنها حرة عند الاستحقاق ، فإن وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصيه

لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد ، فإن لم يعتق كانت الوصيه للوارث وقد بيناه فان وصى لعبد غيره كانت الوصيه لمولاه ، وهل يصح قبوله من غير اذن المولى فيه ؟ وجهان (أحدهما) وهو الصحيح انه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاده غير اذنه

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يصح لأنه تمليك للسيد بعقد فلم يصح القبول فيه من غير اذنه ، وهل يصح قبول السيد ؟ فيه وجهان .
(أحدهما) لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالايجاب فى البيع
(والثانى) يصح لأن القبول فى الوصيه يصح لغير من أوجب له وهو الوارث بخلاف البيع .

(الشرح) حديث جابر أخرجه الدارقطنى وصوب إرساله ، ويبدو أن المصنف ساقه لاحتجاج الشافعى به فى أحد قوليه . وإلا فحديث عمرو بن خارجه رواه البخارى ومسلم وأحمد والنسائى والترمذى وصححه والدارقطنى والبيهقى « أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها ، وإن لغامها يسيل بين كتفى فسمعته يقول : ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث »

وعن أبى أمامه عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث » وأخرجه الدارقطنى عن ابن عباس قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تجوز وصيه لوارث الا أن يشاء الورثه »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا وصيه لوارث إلا أن يجيز الورثه » رواه الدارقطنى . وهذا الحديث قال فيه الشافعى رضى الله عنه : إن هذا المتن متواتر . قال وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : لا وصيه لوارث ، ويأثرونه عمن يحفظونه عنه ممن لقوه من أهل العلم ، فكان نقل كافه عن كافه فهو أقوى من نقل واحد

قلت : وقد ضعف الحافظ بن حجر جميع طرقه وقال : لا يخلو واحد منها من مقال ولكنه يسلم بأنها فى مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها

وقد عده السيوطى فى الأحاديث المتواترة فى كتابه الموسوم بالأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة . وهو مروى عن أبى أمامة وعمرو بن خارجه وعلى وابن عباس وعمرو بن دينار وأبى جعفر الباقر وجابر بن الله وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وزيد بن أرقم والبراء بن عازب . وقد نازع الفخر الرازى فى كون هذا الحديث متواتراً . قال وعلى تقدير تسليم ذلك فالمشهور من مذهب الشافعى أن القرآن لا ينسخ بالسنة

قال الحافظ بن حجر : لكن الحجة فى هذا إجماع العلماء على مقتضاه ، كما صرح به الشافعى وغيره .

ثم قال والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم ، لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة .

وقال الصنعانى فى سبل السلام : الأقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه ، وإن نازع الفخر فى تواتره ، ولا يضر ذلك بثبوته . وقيل إنها لا تصح الوصيه لوارث أصلا ، وهو الظاهر لأن النفى إما أن يتوجه الى الذات ، والمراد لا وصية شرعية . وإما إلى ما هو أقرب إلى الذات وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه هاهنا الى الكمال الذى هو أبعد المجازين . وقد اختلف فى تعيين ناسخ آية الوصية للوالدين ، فقيل آية الفرائض ، وقيل الاحاديث المذكورة فى الباب . وقيل دل الاجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله

* * *

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا وصية لوارث » وما وصفت من أن الوصية للوارث منسوخة بآى المواريث وأن لا وصية لوارث مما لا أعرف عن أحد ممن لقيت خلافا .

وإذا كانت الوصايا لمن أمر الله تعالى ذكره بالوصية منسوخة بآى المواريث وكانت السنه تدل على أنها لا تجوز لوارث ، وتدل على أنها تجوز لغير قرابة دل ذالك على نسخ الوصية للورثه ، وأشبه أن يدل على نسخ الوصايا لغيرهم قال ودل على أن الوصايا للوالدين وغيرهما ممن يرث بكل حال إذا كان فى معنى غير وارث فالوصية له جائزة ومن قبل أنها إنما بطلت وصيته اذا كان وارثاً . فإذا لم يكن وارثا فليس بمبطل للوصيه . واذا كان الموصى يتناول من شاء بوصيته كان والده دون قرابته إذا كانوا غير ورثه فى معنى من لا يرث ، ولهم حق القرابه وصلة الرحم .

* * *

وقال الشافعى رضى الله عنه فى باب الوصيه للوارث من الأم : ورأيت متظاهراً عند عامه من لقيت من أهل العلم بالمغازى [١] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته عام الفتح « لا وصيه لوارث » فحكم الوصيه لوارث حكم ما لم يكن ، فتى أوصى رجل لوارث وقفنا الوصيـــه ، فان مات الموصى والموصى له وارث ، فلا وصيه له . وإن حدث للموصى وارث يحجبه أو خرج الموصى له من أن يكون يوم يموت وارثا له ، بأن يكون أوصى صحيحا لامرأته ثم طلقها ثلاثاً ثم مات مكانه ، فالوصيه لها جائزة لأنها غير وارثه ؛ وإنما ترد الوصيه وتجوز اذا كان لها حكم ، ولا يكون لها حكم الا بعد موت الموصى حتى تجب أو تبطل .

ولو أوصى لرجل وله دونه وارث يحجبه فمات الوارث قبل الموصى فصار الموصى له وارثا ، أو لامرأة ثم نكحها ومات وهى زوجته بطلت الوصيه لهما معاً ، لأنها صارت وصيه لوارث

---

(١) لما كان أظهر ما فى التاريخ من المحولات الاجتماعيه والسياسيه هو المغازى فقدكان المؤرخون يسمون (أهل العلم بالمغازى)

« المطيعى »

ولو أوصى لوارث وأجنبي بعبد أو دار أو ثوب أو مال مسمى بطل نصيب الوارث وجاز للأجنبي ما يصيبه وهو النصف من جميع ما أوصى به للوارث والأجنبي ، ولكن لو قال : أوصيت بكذا لفلان وفلان فإن كان سمى للوارث ثلثا وللأجنبي ثلثي ما أوصى به جاز للأجنبي ماسمى له ، ورد عن الوارث ماسمى له ، ولو كان له ابن يرثه ولابنه أم ولدته أو حضنته ، أو أرضعته أو أب أرضعه أو زوجه أو ولد لا يرثه أو خادم أو غير فأوصى لهؤلاء كلهم أو لبعضهم جازت الوصيه لهم لأن كل هؤلاء غير وارث وكل هؤلاء مالك لما أوصى له به لملكه لماله إن شاء منعه ابنه وإن شاء أعطاه إياه .

وقال الصنعانى فى سبل السلام : وذهب الهادى وجماعة إلى جوازها مستدلين بقوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت» الآية ، قالوا : ونسخ الوجوب لا ينافى بقاء الجواز ، قلنا : نعم لو لم يرد هذا الحديث ، فإنه ناف لجوازها إذ وجوبها قد علم نسخه من آية المواريث كما قال ابن عباس : كان المال للولد والوصية للوالدين ، فنسخ الله سبحانه من ذلك ماأحب ، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع .

وقوله فى الحديث : إلا أن يشاء الورثة ، دليل على صحة الوصية ونفاذها للوارث إن أجازها الورثة ، لأنهم قد أسقطوا حقهم . وهو قول جمهور الفقهاء ماعدا المزنى من أصحاب الشافعى وداود بن على الظاهرى وأصحابه وبعض الحنابلة حيث قالوا : لا أثر لإجازتهم ، والظاهر أن لهم أثراً فى جوازها ، لأنه صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصية للوارث قيدها بقوله إلا أن يشاء الورثة وأطلق لما منع الوصية عن الزائد عن الثلث ، وليس لنا تقييد ما أطلقه ومن قيد هنالك قال : إنه يؤخذ القيد من التعليل بقوله (انك ان تذر . . . الخ) فإنه دل على أن المنع من الزيادة على الثلث كان مراعاة لحق الورثه . فان أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة . هذا فى الوصية للوارث ، واختلفوا اذا أقر المريض للوارث بشيء من ماله فأجازه الأوزاعى وجماعة مطلقا .

وقال أحمد : لايجوز اقرار المريض لوارثه مطلقا ، واحتج بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لوارثه أن يجعلها اقراراً ؛ واحتج الأول بما يتضمن الجواب عن هذه الحجة فقال : ان التهمه فى حق المحتضر بعيدة وبأنه وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح اقراره مع أنه يتضمن الإقرار بالمـال وبأن مدار الاحكام على الظاهر فلا يترك اقراره للظن المحتمل فإن أمره الى الله .

(قلت) وهذا القول أقوى دليلا ، واستثنى مالك ما اذا أقر لابنته ومعها من يشاركها من غـير الولد ، كابن العم قال : لأنه يتهم فى أنه يزيد لابنته ، وينقص ابن العم ، وكـذلك استثنى ما اذا أقر لزوجته المعروف بمحبته لها وميله اليها ، وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد لا سيما اذا كان له منها ولد فى تلك الحال . قلت : والأحسن ما قيل عن بعض المـالكية واختاره الروياني فى بحر المذهب من أصحابنا : ان مدار الأمر على التهمه وعدمها ، فإن فقدت جاز والا فلا ، وهى تعرف بقرائن الأحوال وغيرها .

وعن بعض الفقهاء : أنه لا يصح اقراره الا للزوجة بمهرها ، وسيأتى مزيد ايضاح ان شاء الله . وفائدة الخلاف أن الوصيه اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ ، فاذا اجازها الورثة لزمت الوصيه ، وان كانت باطلة كانت هبه مبتدأه تفتقر الى شروط الهبه من اللفظ والقبول والقبض ، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

وأما بقية الفصول من الوصيه للعبد والمكاتب وأم الولد وعبد غـيره فعلى وجهها . ولا تفتقر الى مزيد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصـل) وتجوز الوصيه بالمشاع والمقسوم لأنه تمليك جزء من ماله فجاز فى المشاع والمقسوم كالبيع ، ويجوز بالمجهول كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع وعبد من عبيد وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق لأن الموصى له يخلف الميت فى ثلثه كما يخلفه الوارث فى ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت

، هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له ، فان وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه فان وصى برقبته فهو على القولين فى بيعه .

(فصل) فان وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة صحت الوصيه لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، فجاز أن يملك بالوصية ، ومن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الاعتبار بحال الوصيه لم تصح لأنه لا يملك فى الحال ما وصى به .

(فصل) وتجوز الوصية بالمنافع لانها كالاعيان فى الملك بالعقد والارث فكانت كالأعيان فى الوصية ويجوز بالعين دون المنفعه وبالعين لواحد وبالمنفعه لآخر لان المنفعه والعين كالعين فجاز فيهما ماجاز فى العينين ويجوز بمنفعه مقدرة بالمدة وبمنفعه مؤبدة لان المقدرة كالعين المعلومه والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصيه بالجميع .

(فصل) وتجوز الوصيه بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسماد والزيت النجس والكلب وجلد الميته لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها فجاز نقل اليد فيها بالوصيه ، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور لأنه لا يحل الانتفاع بها ولا تقر اليد عليها فلم تجز الوصيه بها .

(الشرح) اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصيه كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه ، فأما فى حال الرد فان كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال ، فهى بحال الاجازة سواء اذ لا أثر للرد ، وان جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والاخر يأخذ حقه من جميع المال ، وقد رجح ابن قدامه من الحنابله أنهما يقتسمان الثلث على حسب مالهما فى الاجازة. وهذا قول ابن أبى ليلى

وقال أبو حنيفه ومالك فى الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الاخر

سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقى على خمسة فى مثل مسألة الخرقى لأن له السدس ، وللورثة أربعة أسداس وهو مثل كلام الخرقى من الحنابلة إلا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر المعين . واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ، لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجع الوصيان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية .

قال الشافعى : ولو أوصى له بالثلث من دار أو أرض فأذهب السيل ثلثيها وبقى ثلثها ، فالثلث الباقى الموصى له إذا خرج من الثلث ، فسوى الشافعى رضى الله عنه بين استحقاق الثلثين مشاعا وبين ذهاب ثلثيها بالسيل محوزاً فى أن الوصيه تكون بالثلث الباقى بعد الاستحقاق والتلف بالسيل ، والذى أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاقه لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقى كله وذهاب الثلثين منها بالسيل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقى ، ويوجب أن تكون الوصية بثلث الثلث الباقى ، فإذا استحق ثلثيها لم يمنع أن يكون الثلث الباقى شائعا فى جميعها فصحت الوصيه فى جميعه ، فوجبت الوصيه فى ثلث مابقى وثلث ما هلك يكون حكم الإشاعه فى الجميع باقياً .

ألا ترى لو أن رجلا اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده ، ثم استحق بعد الشراء نصفها كان النصف الباقى هو المبيع منها .

(فإن قيل) أفليس لو أوصى له برأس من غنمه فهلك جميعها إلا رأساً منها بقى ، فإن الوصيه تتعين فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزاً من الوصيه وغيرها فهلا كان ما هلك بالسيل كذلك . قيل الوصيه برأس من غنمه يوجب الإشاعه فى كل رأس منها ؟ وإنما جعل إلى الوارث أن يعينه فيما شاء من ميراثه ، وليس كذلك الوصيه بثلث الدار لأن الثلث شائع فى جميعها فافترقا فاذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعى فى التسوية بين الاستحقاق والتلف وما رأيته من الفرق بين الاستحقاق والتلف ففرع على ذلك ما صح به الجواب .

(فرع) إذا أوصى بشجرة مدة أو بما تثمر أبداً صحت لجواز ملك المعدوم ومن ثم لم يملك واحـد من الموصى له أو الوارث إجبار الآخر على سقيها لأنه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره ، وإذا أراد أحدهما سقي الشجرة على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث ، لأن الموصى له ليس له منها إلا الثمرة . وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له .

وان قال : لك ثمرتها أول العام الذى تثمر فيه صح وله ثمرتها أول عام تثمر وكذلك اذا أوصى له بما تحمل شاته ، وان أوصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائماً مقام الوارث وله ماله ، وان وصى بلبن شـاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة . وكذلك ان وصى بلبنها خاصة أو صوفها خاصة صح ، ويقوم الموصى به دون العين .

(فرع) تجوز الوصية بالمنافع فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى بخدمة عبده أو بغلة داره وثمرة بستانه ـ والثلث يحتمله ـ جاز ذلك اه .

قلت : ان الوصايا بمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان لأنه لما صح عقد الإجارة عليها صح بالأولى الوصية بها ، وسواء قدرت بمدة أو جعلت مؤبدة ، وقال ابن أبى ليلى : ان قدرت بمدة تصح فيها الإجارة صحت ، وان لم تقدر بمدة تصح فيها الإجارة بطلت ، حملا للوصية على الإجارة .

وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء الى جواز الوصية بها على التابيد بخلاف الإجارة لان الوصايا تجوز مع الجهالة فإذا صح جوازها مقدرة ومؤبدة فقد ذكر الشافعى رضى الله عنه الوصية بخدمة العبد وغلة الدار وثمرة البستان ، فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يؤاجره وله أن يستخدمه كما يجوز له أن يوصى لفلان بفرسه ولآخر بركوبها فيكون لأحـدهما عينها وللآخر منفعتها على ما سيأتى ان شاء الله تعالى .

(فرع) الوصية بالميتة جائزة لانه قد يدبغ جلدها ويطعم بزاته لحمها ، وكذلك الوصية بالروث والزبل ، لأنه قد ينتفع به فى تسميد الارض واخصابها للغرس والزرع ، ولاشك أن الشرع الحكيم بسماحته واحاطته بمصالح البشر لم يقف من

النجاسات موقف العداء المطلق ، فإنه متى ثبت أن لها فائدة ما فى حياة الناس فلا بد أن تقتنص هذه الفائدة ، وإننا فى عصر تقدمت فيه العلوم الكيميائية حتى صنعت المواد السمادية من الهواء ، فإنه يكثف بأجهزة التكثيف ويستخرج منه أثقل الاجسام صلابة وثقلا كسلفات النشادر ، ومع التطور العظيم فى علوم الكيمياء والأسمدة ، فان الاجماع بين المتخصصين منعقد على أن أعلى أنواع السماد وأسلمها للأرض وأعظمها إخصاباً للتربة هو الاسمدة العضوية كالروث والبراز الحيوانى والآدمى لهذا أجاز الوصية بكل نافع ولو كان نجسا .

أما الوصية بالخمر والخنزير والكلب العقور فباطله ، لأن الانتفاع بها محرم فلو أنه أوصى بجرة فيها خمر قال الشافعى رضى الله عنه : أريق الخمر ودفعت اليه الجرة ، لأن الجرة مباحة والخمر حرام .

فأما الوصية بالحيات والعقارب وحشرات الارض والسباع والذئاب فباطله لأنه لا منفعة فيها جميعاً . فأما الوصية بالفيل فان كان منتفعاً به فجائز لجواز أن يبيعه ويقوّم فى التركة ويعتبر من الثلث ، وإن كان غير منتفع به فالوصيه باطله .

فأما الفهد والنمر والشاهين والصقر فالوصيه بذلك جائزة لأنها جوارح ينتفع بها للصيد وتقوّم فى التركة لجواز بيعها وتعتبر فى الثلث ، وأما الوصية بما تصيده الكلاب فباطلة لأن الصيد لمن صاده

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز تعليق الوصية على شرط فى الحياة لأنها تجوز فى المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق ، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت لأن مابعد الموت فى الوصية كحال الحياة ، فاذا جاز تعليقها على شرط فى الحياة جاز بعد الموت .

(فصل) وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء لزمت بالموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر ، وإن كانت لمعين لم تلزم إلا بالقبول لأنه تمليك لمعين

فلم يلزم من غير قبول كالبيع ، ولا يصح القبول إلا بعد الموت ، لأن الايجاب بعد الموت فكان القبول بعده . فان قبل حكم له بالملك . وفى وقت الملك قولان منصوصان .

(أحدهما) تملك بالموت والقبول ، لأنه تمليك يفتقر الى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة .

(والثانى) أنه موقوف ، فان قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت ، لأنه لا يجوز أن يكون للموصى لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية ؛ ولا يجوز أن يكون للموصى له لأنه لو انتقل اليه لم يملك رده كالميراث ، فثبت أنه موقوف .

وروى ابن عبد الحكم قولا ثالثاً أنه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث .

(فصل) وإن رد نظرت ، فان كان فى حياة الموصى لم يصح الرد لأنه لا حق له فى حياته فلم يملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعه قبل البيع ، وان رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لأنه يثبت له الحق فملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعه بعد البيع وان رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان

(أحدهما) لا يصح الرد لأنه ملكه ملكا تاماً فلم يصح رده ، كما لو قبضه

(والثانى) أنه يصح الرد ، وهو المنصوص لأنه تمليك من جهة الآدمى من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف ، وان لم يقبل ولم يرد كان للورثه المطالبة بالقبول او الرد ، فان امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثه ، كما لو تحجر أرضا فامتنع من احيائها أو وقف فى مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف .

(فصـــل) وان مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصيه ولا يقوم وارثه مقامه لأنه مات قبل استحقاق الوصية ، وان مات بعد موته وقبل القبول قام وارثه مقامه فى القبول والرد لأنه خيار ثابت فى تملك المال ، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعه .

(الشرح) تصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول : إن مت فثلثي للمساكين أو لفلان ، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها مالم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت : كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه : أنت حر بعد موتي ، وقال للآخر : أنت حر إن مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثلثه وقال : ان مت قبلي فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه له ، وكذلك في سائر الشروط فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون على شروطهم) .

(فرع) ولا يملك الموصى له الوصيه إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين ؛ فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبني هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد ومستشفى ومدرسة أو حج لم يفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله .

أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزىء ماقام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع

فإذا ثبت هذا : فإن الوصية تشتمل على أمرين . أحدهما : العطية ، والثانى الولاية ، فأما العطية فهو مايوصى به الرجل من أمواله لمن أحب ، فالوقت الذى يصح فيه قبول ذلك ورده بعد موت الموصى ، فإن قبل أو رد بعد موته صح ، وكان على ما مضى من حكم القبول والرد ، فأما فى حياة الموصى فلم يصح قبوله ولا رده . وقال أبو حنيفة : يصح الرد ولا يصح القبول ، لأن الرد أوسع حكما من القبول ، وهـــذا فاسد لأمور ، منها أن الرد فى مقابلة القبول لأنهما معاً يرجعان إلى الوصيه ، فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زمانا للقبول ، امتنع أن يكون زمانا للرد وصار كزمان ما قبل الوصية الذى لا يصح فيه قبول ولا رد ، وعكسه ما بعد الموت لما صح فيــه القبول صح فيه الرد ، ومنها أن الرد فى حال الحياة عرف ، وقيل : وقت الاستحقاق ، فجرى مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه ، وعن الشفعة قبل استحقاقها ، ومنها أنه قبل الموت مردود عن الوصية فلم يكن رده لها مخالفا لحـكمها .

وأما الوصية بالولاية على مال طفـل أو تفريق ثلثه أو تنفيذ وصية فيصح قبولها وردها فى حياة الموصى وبعد موته بخلاف وصايا العطايا ، وكان قبوله فى حياة العاقد أصح ، وذلك عطية تقبل فى زمان التمليك . ولو رد الوصية فى حياة الموصى لم يكن له قبولها بعد موته ولا فى حياته ، ولو قبلها فى حياة الموصى صحت وكان له المقام عليها إن شاء والخروج منها إذا شاء فى حياة الموصى وبعد موته . وقال أبو حنيفه . ليس له الخروج من الوصيه بعد موت الموصى ، ويجوز له الخروج منها فى حياته إذا كان حاضراً ، وان غاب لم يجز وهذا فاسد من وجهين

(أحدهما) أن ما كان لازما من العقود استوى حكمه فى الحياة وبعد الموت وما كان غير لازم بطل ؛ فالموت والوصيه ان خرجت عن أحدهما صارت أصلا يفتقر الى دليل (والثـانى) لو كان حضور الحى شرطا فى الخروج من الوصيه لكان رضاه معتبراً ، وفى اجماعهم على أن رضاه ، وان كان حاضراً غـير معتبر دليل على أن الحضور غير معتبر ، ولا يخلو اذا رد الوصيه من خمسة أحوال ،

ا ــ أن يردها قبل موت الموصى ، فلا يصح الرد لعدم وقوع الوصية فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية ب ــ أن يردها بعد الموت وقبل القبول . فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لأنه أسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع . ج ــ أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر فأشبه رده لسائر ملكه إلا ان يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة . د ــ أن يرد بعد القبول وقبل القبض وفيه وجهان (أحدهما) يصح الرد لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، ولأن ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثانى) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

هـ ــ أن يمتنع عن القبول والرد وهذا يكون حكمه حكم الرد . لأن الملك متردد بينه وبين الورثه ، ومثاله من تحجر أرضا ثم امتنع من إحيائها . أو وقف على جدول ماء فلم يأخذ ولم ينصرف وعطل مرور الماء على من ينتفعون به لإرواء إنسان أو حيوان أو نبات ، وفرق الحنابلة فى (ج) بين المكيل والموزون وغيرهما

وقد اختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت متى يحصل ملك الوصيه للموصى له ، وهل تكون باقية على ملك الموصى أو داخلة فى ملك الورثة على وجهين . أحدهما وهو قول ابن سريج وأكثر البصريين أن ملك الوصية منتقل عن الميت الى ورثته ثم بالقبول تدخل فى ملك الموصى له لزوال ملك الموصى بالموت . والوجه الثانى وهو قول أبى إسحاق المروزى وأكثر البغداديين أن الوصيه باقية على ملك الموصى بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل فى ملكه بقبوله وتنتقل اليه عن الموصى لأن الوصية تملك عنه كالميراث ، ووجه هذا القول أن الوصية تملك بالقبول فلم يجز أن يتقدم الملك على قبولها كالهبات .

قال الشافعى : وهذا قول ينكسر ، والقول الثانى وهو أصحها أن القبول يدل على حصول الملك بالموت فيكون الملك موقوفا مراعى ، فإن قبل دل على تقدم ملكه ، وإن لم يقبل دل على عدم ملكه ، ووجه هذا القول أنه لما امتنع أن يبقى للميت ملك وأن الوارث لا يملك الإرث اقتضى أن يكون الملك موقوفا على

قبول الموصى له ورده ، وحقه فى القبول باق مالم يعلم ، فإذا علم فإن كان عند انفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور ، فإن قبل وإلا بطل حقه فى الوصية ، فأما بعد علمه وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة ، فمذهب الشافعى وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخى لا على الفور فيكون ممتداً مالم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة .

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور لأنها عطيه كالهبات ، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعى قولا ثالثا أن الوصية تدخل فى ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار كالميراث ، فاختلف أصحابنا فى تخريجه قولا ثالثا للشافعى فخرجه أبو على بن أبى هريرة وأكثر متأخرى المتقدمين من أصحابنا قولا ثالثا تعليلا بالميراث ، وامتنع أبو إسحاق المروزى وأكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولا ثالثاً ، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين ، إما حكاية عن مذهب غيره ، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت فى ملكه ، وفى طبيعة الوصية والفرق بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول ، والوصية عطية من آدمى فروعى فيها القبول

(فرع) قال الشافعى : ولو مات قبل أن يقبل أو يرد قام ورثته مقامه . وبيانه أن الموصى له لا يخلو أن يكون فى حياة الموصى أو بعد موته ، فإن مات الموصى له فى حياة الموصى فالذى عليه جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصى .

وحكى عن الحسن البصرى أن الوصية لا تبطل بموته ، ولورثته قبولها . قال الماوردى : وهذا فاسد من وجهين ، أن الوصية فى غير حياة الموصى غير لازمة ، وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت ، ولان الوصية له لا لورثته ، وهو لا يملك الوصيه فى حياة الموصى .

وإن مات الموصى له بعد موت الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال ، أحدها : أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد بطلت برده وليس لوارثه قبولها بعد موته إجماعا . والحال الثانية : أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه ، وسواء

قبضها الموصى له فى حياته أم لا ، لأن القبض ليس بشرط فى تملك الوصيه ، والحال الثالثة : أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعى يقوم وارثه مقامه فى القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول . وقال أبو حنيفة : إذا مات قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة ، وهـذا فاسد ، لأن ما استحقه فى التركة لم يسقط بالموت كالدين ، ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالـكها لم تبطل بموته قبـل تملـكها كالرد بالعيب ، وفارقت الوصية الهبة من حيث إن الهبة قبل القبض غير لازمة لجاز أن تبطل بالموت ، والوصية قبل القبول لازمة فلم تبطل بالموت ، فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول فورثته يقومون مقامه فى القبول والرد ، ولهم ثلاثة أحوال ، حال يقبل جميعهم الوصية ، وحال يرد جميعهم الوصية ، وحال يقبلها بعضهم ويردها بعضهم ، فإن قبلوها جميعاً فعلى القول الذى يجعل القبول دالا على عدم الملك بالموت ، فالمالك للوصيه بقبول الورثه هو الموصى له لا الورثه . فأما على القول الذى يجعل القبول ملكا ، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصيه فى ملك الموصى له بقبول ورثته أم لا ، على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وأبى المروروذى : أن الوصيه يملكها الورثه دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم .

(والوجه الثانى) وهو الظاهر من المذهب . وبه قال أكثر البصريين وحكاه أبو القاسم بن كج عن شيوخه أن الوصيه يملكها الموصى له بقبول ورثته ، وان كان القبول تملكا ، لأنها لو لم تدخل فى ملكه لبطلت ؛ لأن الورثه غير موصى لهم ، فلم يجز أن يملك الوصيه من لم يوصى له ، ولو رد الورثه بأجمعهم الوصية بطلت بردهم لها ، والله أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب مايعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحاباة فى البيع يعتبر من الثلث ، سواء كانت فى حال الصحة أو فى حال المرض ، أو بعضها فى الصحة وبعضها فى المرض ؛ لأن لزوم الجميع عند الموت ، فأما الواجبات من ديون الآدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث ، لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، ولا حق للورثة مع الديون ؛ فلم تعتبر من الثلث

وإن وصى أن يؤدى ذلك من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها فى الأصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثه فاعتبرت من الثلث . وإن وصى بها ولم يقل إنها من الثلث ، ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص ، لأنها من رأس المال ، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا لجعل سبيلها سبيل الوصايا .
(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة إنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال ، وان قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها فى الأصل من رأس المال . فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها ، وان قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحداً .

(والثالث) أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح . لأنها فى الأصل من رأس المال والوصية بها تقتضى التأكيد والتذكار بها ؛ والقرينة تقتضى التسوية بينهما فى الفعل ، لا فى السبيل ، فبقيت على أصلها .

﴿ فصل ﴾ وأما ما تبرع به فى حياته ينظر فيه فإن كان فى حال الصحة لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف فى ماله لا حق لأحد فى ماله فاعتبر من رأس المال ، وان كان ذلك فى مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث ، لأن الإنسان لايخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح ، وان كان ذلك فى مرض مخوف

واتصل به الموت اعتبر من الثلث ، لما روى عمران ابن الحصين « أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولا شديداً ثم دعاهم فجزأهم وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » ولأنه فى هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت ، وان برىء من المرض لم يعتبر من الثلث لأنه قد بان أنه لم يكن فى ماله حق أحد ، وان وهب فى الصحة وأقبض فى المرض اعتبر من الثلث لأنه لم يلزم الا بالقبض وقد وجد ذلك منه فى المرض .

(فصل) وان باع فى المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئا من غير عوض وان كاتب عبداً اعتبر من الثلث ، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض . وان وهب له من يعتق عليه فى المرض المخوف فقبله اعتبر عتقه من الثلث فاذا مات لم يرثه .

وقال أبو العباس : يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه ، لأنه ليس بوصية ، لأنه لم يخرج من ملكه شيئا بغير عوض ، والمذهب الاول . لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه ، والعتق فى المرض وصية ، والميراث والوصية لا يجتمعان ، فلو ورثناه بطل عتقه ، واذا بطل العتق بطل الإرث فأثبتنا العتق وأبطلنا الارث

(فصل) والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر ، وقيام الدم والسل فى انتهائه ، والفالج الحادث فى ابتدائه ، والحمى المطبقه ، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معاجلة الموت فجعل كحال الموت .

فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين ، واسهال يوم أو يومين من غير دم ، والسل قبل انتهائه ، والفالج اذا طال ، لأن هذه الامراض يؤمن معها معاجلة الموت فاذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الامراض ، وان أشكل شىء من هذه الامراض رجع فيه الى نفسين من أطباء المسلمين ، ولا يقبل فيه قول الكافر ، وان ضرب الحامل الطاق

فهو مخوف لانه يخاف منه الموت ، وفيه قول آخر انه غير مخوف لان السلامة منه أكثر

(الشرح) حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب الاربعة بلفظ المصنف . وفى رواية لأحمد « أن رجلا أعتق عند موته ستة رجلة له فجاء ورثته من الأعراب ؛ فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع . قال أو فعل ذلك لو علمنا ان شاء الله ما صلينا ، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة » ورواه أحمد وأبو داود عن أبى زيد الانصارى « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » وفى رواية أبى داود « لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن فى مقابر المسلمين » وهذا النص تفسير للقول الشديد الذى أبهم فى رواية عمران ، وفيه تغليظ وذم بالغان ، لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف الا بالثلث ، فإذا تصرف فى أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشابهاً لمن وهب غير ماله ،

والحديثان يدلان على أن تصرفات المريض انما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة فى الحال ، ولم تضف الى بعد الموت ، وقد أسلفنا القول بالاجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث ، على أن التنجيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية . واختلف الفقهاء هل تعتبر الثلث من التركة حال الوصية أو حال الموت ، وهما وجهان لأصحابنا أصحهما الموت ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو قول على كرم الله وجهه وجماعة من التابعين ، وقال بحال الوصية مالك وأكثر العراقيين والنخعى وعمر بن عبد العزيز ، وتمسكوا بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها . وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقا . وأجيب بأن الوصية ليست عقدا من كل وجه . ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول ، وبالفرق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها والنذر يلزم ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو حدث له مال بعد الوصية ، واختلفوا أيضا هل يحسب الثلث من جميع المال ، أو يتقيد بما علمه الموصى دون ما خفى عليه أو تجدد له ولم يعلم به ، وبالاول قال الجمهور وبالثانى قال مالك ، وحجة الجمهور أنه لا يشترط أن يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقا ، ولو كان عالما بجنسه فلو كان العلم به شرطا لما جاز ذلك .

والكلام على الأحكام أن ماوصى به من التبرعات والهبات والصدقات والمحاباة فى البيع بأن يكون المبيع مقوما بعشرة فيوصى ببيعه بخمسة مثلا بعد موته ، فإن الخمسة الباقية وهى قدر المحاباة تحسب من الثلث الذى أجاز الله له التصرف فيه بالوصية سواء وقعت الوصية فى حال الصحة أم فى حال المرض وكذلك إن أسقط عن وارثه ديناً أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن جناية موجبها المال فهو كالوصية .

وإن عفا عن القصاص ـ وقلنا : الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وإن قلنا : الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقا ، وان وصى لغريم وارثه صحت الوصية ، وكذلك إن وهب له ، وبهذا قال أحمد والشافعى وأبو حنيفة .

وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث ، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها . ولنا أنه وصى لأجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه ، وإن وصى لوالد وارثه صح ، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى . قال طاوس فى قوله تعالى : فمن خاف من موص جنفا ، قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد نفع ابنته

(فرع) قال الشافعى : ويجوز نكاح المريض . قلت : إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق إن لم يزد على صداق مثلها ، فإن زاد ردت الزيادة إن كانت وارثة ؛ وأمضيت ان كانت غير وارثة

وهكذا المريضة إذا نكحت رجلا صح نكاحها وورثها الزوج ، وعليه صداقها إن كان مهر المثل فما زاد ، فإن نكحته بأقل من صداق مثلها ، فالمحاباة بالنقصان وصية له فترد إن كان الزوج وارثا وتمضى فى الثلث ان كان غير وارث .

وقال مالك : نكاح المريض فاسد لا يستحق به ميراثا . ولا يجب فيه صداق الا أن يكون راضيا به . فيلزمه مهر المثل من الثلث مقدم على الوصايا ، وكذلك نكاح المريض فاسد ولا ميراث للزوجة . وقال ابن أبى ليلى : النكاح فى المرض جائز والميراث من الثلث .

وقال ابن أبي هريرة : النكاح فى المرض جائز ولا ميراث . وقال الحسن البصرى : ان ظهر منه الإضرار فى تزويجه لم يجز ، وان لم يظهر منه الإضرار ، وظهر منه الحاجة اليه فى خدمة أو غيرها جاز .

ودليلنا عموم قوله تعالى : فانكحوا ماطاب لكم من النساء ، ولم يفرق بين صحيح ومريض ، وقال معاذ بن جبل فى مرضه : زوجونى حتى لا ألقى الله عزبا . وقال عبد الله بن مسعود : لو لم يبق من أجلى الا عشرة أيام ما أحببت الا أن يكون لى زوجة ، وروى هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير رضى الله عنه دخل على قدامة يعوده فبشر عنده بجارية فقال قدامة زوجونى بها فقال : ما تصنع بها وأنت على هذه الحال ، فقال : ان أنا عشت نسبت الزبير ، وان مت فهم أحق من يرثنى ، ولأنه فراش لا يمنع منه الصحيح فوجب أن لا يمنع منه المريض ، ولأنه عقد فلم يمنع منه المرض كالبيع والشراء ، ولأنه لا يخلو عمله أن يكون لحاجة أو شهوة ، فإن كان لحاجة لم يجز منعه ، وان كان لشهوة فهى مباحة له كما أبيح له أن يلتذ بما شاء من أكل أو لبس .

فإذا ثبت اباحة النكاح فى المرض فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة الى أربع كهو فى الصحة ولهن الميراث ان مات من ذلك المرض أو غيره . وأما الصداق فإن كان أمهرهن صداق أمثالهن فلهن الصداق مع الميراث ، وان كانت عليه ديون شاركن الغرماء فى التركة وضربن معهم بالحصص ، وان تزوجهن أو واحدة منهن بأكثر من صداق مثلها كانت الزيادة على صداق المثل وصية فى الثلث فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية لأنه لا وصية لوارث ، وان كانت غير وارثة لرق أو كفر دفعت الزيادة اليها ان احتملها الثلث ، أو ما احتمله منها يتقدم على الوصايا كلها لأنها عطية فى الحياة ، وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة فماتت قبله صحت لها الزيادة ان احتملها الثلث لأنها بالموت قبله غير وارثة فلو كانت حين نكاحها فى المرض أمة أو ذمية فأعتقت الأمة أو أسلمت الذمية صارت وارثة ومنعت من الزيادة على صداق مثلها ، ولو صح المريض من مرضه ثم مات من غيره أو لم يمت صحت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لوارثة

وغير وارثه ، فعلى هذا لو تزوج فى مرضه على صـداق ألف درهم وصداق مثلها خمسمائة ومات ولا مال له غير الألف التى هى صداقها أعطيت من الألف ستمائة وستة وستين درهما وثلثاً ، لأن لها خمسمائة من المال ، وتبقى خمسمائة هى جميع التركة وهى وصية لها فأعطيت ثلثها وذلك مائة درهم وستة وستون درهماً وثلث درهم تأخذها مع صـداق مثلها ، ولو خالف مع الصداق خمسمائه صـارت التركة بعد صداق المثل ألف درهم فلها ثلثها ثلاثمائه وثلاثة وثلاثون درهما وثلث ، ولو خالف مع الصداق ألف درهم خرجت الزيادة على صداق المثـل من الثلث وأخذت الألف كلها .

إذا ثبت هذا : فإن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبه المقبوضه والصدقه والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبه للمال إذا كانت هذه كلها فى الصحه فهى من رأس المــال لا نعلم فى هذا خلافا ، وإن كانت فى مرض مخوف اتصل به الموت فهى من ثلث المال فى قول جمهور العلماء .

وحكى عن أهل الظاهر فى الهبه المقبوضه أنها من رأس المال ، وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم « إن الله تصدق عليكم عند وفاتـكم بثلث أموالـكم زيادة لـكم فى أعمالـكم » رواه ابن ماجه وغيره ، وهـذا يدل بعمومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ؛ وقد أسلفنا القول فى بسط ما يكون من رأس المـال وما يكون من الثلث فاشدد به يديك .

وحكم العطايا فى مرض الموت المخوف حكم الوصيه فى خمسه أشياء .

(أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثه .

(الثانى) أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقيه الورثه .

(الثالث) أن فضيلتها ناقصه عن فضيلة الصدقه فى الصحه .

(الرابع) أن يزاحم بها الوصايا فى الثلث .

(الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ، ويفارق الوصيه فى ستة أشياء .

أحدها : أنها لازمه فى حق المعطى ليس له الرجوع فيها وان كثرت ، ولأن

المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية فى المرض ، فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت . (الثانى) أن قبولها على الفور فى حال حياة المعطى وكذلك ردها . والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بالموت . فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها فى الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر فى غير العتق ، والوصية بخلافه (الرابع) أنها تقدم على الوصية . وهذا قول أحمد والشافعى وجمهور العلماء ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا فى العتق فانه حكى عنهم تقديمه ، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه (الخامس) العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء بالأول فالأول سواء كان الأول عتيقاً أو غيره وبهذا قال أحمد والشافعى.

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد . وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوى بينها وبين العتق . وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمى على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين ، وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد : يقدم العتق تقدم أو تأخر .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل القبض للهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة ان شاءوا قبضوا وان شاءوا منعوا . والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم ، وما لزم المريض فى مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرش الجناية وما عاوض عليه بثمن المثل . وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافاً ، وهذا عند الشافعى وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله حاجة فى نفسه

فيقدم بذلك على وارثه . ويعتبر فى المريض الذى هذه أحكامه شرطان أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح فى مرضه الذى أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح ، لأنه ليس بمرض الموت . (الثانى) أن يكون مخوفاً ، والامراض على ثلاثة أقسام غير مخوف كوجع الضرس والعين والاطراف والصداع وارتفاع الحرارة الطارىء فهذا حكمه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه فى العادة .

(والثانى) الأمراض المزمنة كالجذام والربو والفالج والذبحة الصدرية والسل فهذا الضرب ان أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف ، وقال الاوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأحمد : ان وصية المجذوم والمفلوج من الثلث لأنه محمول على أنهما صاحبي فراش ، ومذهب الشافعى . أنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وان كان لا يبرأ فهو كالهرم لا سيما الفالج اذا أزمن (الثالث) من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل نزيف المخ أو الحمى الشوكية أما من اشتد مرضه وصح عقله صح تبرعه عند أصحاب أحمد ، وجمله ما مضى أن العطايا فى المرض مقدمة على الوصايا اذا ضاق الثلث عنها لأن تلك ناجزة وهذه موقوفة ، فلو ضاق الثلث عن العطايا للمريض قدم الأسبق فالأسبق ، ولو ضاق الثلث عن الوصايا لم يقدم الاسبق لأن عطايا المرض تملك بالقبض المترتب فثبت حكم المتقدم . والوصايا كلها تملك بالموت فاستوى حكم المتقدم والمتأخر إلا أن يرتبها المريض فتمضى على ترتيبه مالم يتخلل الوصايا عتق ، فان تخللها عتق فان كان واجباً فى كفارة أو نذر قدم على وصايا التطوع ، وان كان تطوعاً ففيه قولان أحدهما أن العتق مقدم على جميع الوصايا لقوته بالبراءة فى غير الملك وبه قال من الصحابة ابن عمر ومن التابعين شريح والحسن ومن الفقهاء مالك والثورى ، والقول الثانى أن العتق والوصايا كلها سواء فى مزاحمة الثلث لأن جميعها تطوع . وبه قال من التابعين ابن سيرين والشعبي ومن الفقهاء أبو ثور ، على أن المريض مرض الموت اذا أشكل أمره رجع فى ذلك الى طبيبين مسلمين ، لأن الامراض فى زماننا هذا قد تشعبت أصنافها وتعددت اختصاصات العالمين من الاطباء بها ، فقد يكون المرض فى رأى أحدهم

مخالفا لرأى الآخر ، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاقهما على حكم يؤخذ فى الوصية به .

وياحبذا لو تفقه أطباء المسلمين فى أحكام الدين المتصلة بعلمهم ومهنتهم إذن لكانت منهم أمة هادية ناصحة راشدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان فى الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان ، أو كان فى البحر وتموج ، أوفى أسر كفار يرون قتل الأسارى ، أو قدم للقتل فى المحاربة ، أو الرجم فى الزنا ، ففيه قولان .

(أحدهما) أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث ، لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن فى المرض المخوف

(والثانى) أنه كالصحيح لأنه لم يحدث فى جسمه ما يخاف منه الموت فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص إنه لا تعتبر عطيته من الثلث مالم يجرح . واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال أبو إسحاق : هى على قولين قياساً على الأسير فى يد كفار يرون قتل الأسارى : ومن أصحابنا من قال : لا تعتبر عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا ، فصار كالأسير فى يد من لا يرى قتل الأسارى .

(الشرح) الأحكام : يحصل التخويف بغير ما ذكرناه فى مواضع خمسة تقوم مقام المرض .

١ — إذا التحم الجيشان واختلط الفريقان فى القتال وكانت كل فرقة مكافئة الأخرى أو مقهورة أمامها ، فأما الفئة الغالبة منهما فليست خائفة بعد ظهورها ، وكذلك إذا لم يلتحما بل كانت كل منهما متميزة ، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين فى الدين أو مفترقتين فعن الشافعى رضى الله عنه قولان . أحدهما : هذا ، وبه قال مالك والأوزاعى والثورى وأحمد ، ونحوه عن مكحول ، والثانى : ليس بمخوف لأنه ليس بمريض .

٢ — إذا قدم ليقتل قصاصاً أو غيره أو كن قدم ليرجم فى حد الزنا فقولان أيضا . أحدهما : أنه مخوف . والثانى : إن حرج فهو مخوف ، وإلا فلا ، لأنه صحيح البدن ، والظاهر العفو عنه ، وبالأول قال أحمد ، لأن التهديد بالقتل جعل إكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ، ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام .

٣ — إذا ركب البحر ، فإن كان ساكناً فليس بمخوف ، وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف : فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله تعالى « هو الذى يسيركم فى البحر حتى إذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف ؛ وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين » .

٤ — الأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا . وهذا أحد قولى الشافعى ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وابن أبى ليلى وأحمد بن حنبل . وقال الحسن : لما حبس الحجاج إياس ليس له من ماله إلا الثلث ، وقال القاضى أبو بكر : عطية الأسير من الثلث ، ولم يفرق ، وبه قال الزهرى والثورى وإسحاق ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد .

وقال الشعبى ومالك : الغازى عطيته من الثلث . وقال مسروق : إذا وضع رجله فى الغرز . وقال الأوزاعى : المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو فى ثلثه ، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل ، لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف فلم يجز إلحاقه به ، وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى .

هذا إذا كان مأسوراً لطائفة من المسلمين فإن المذهب أنه ليس مخوفا ، لأن المسلمين لا يقتلون أسراهم من الكفار إلا بشروط فما بالك إذا كان الاسير مسلما

٥ — وقوع الطاعون فى بلد فعن أحمد أنه مخوف ، والمذهب عندنا أنه ليس بمرض ، وإنما يخاف المرض والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن عجز الثلث عن التبرعات ـ لم يخل ـ إما أن يكون فى التبرعات المنجزة فى المرض أو فى الوصايا ، فإن كان فى التبرعات المنجزة فى المرض ، فإن كانت فى وقت واحـد نظرت ، فان كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما فى اللزوم ، فان كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل ، وإن كانت متساوية قسم بينها على التساوى كما يفعل فى الديون ، وإن كان عتقاً فى عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين ؛ ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه ، فان وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره ، لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز إسقاطه بما بعده ، فان كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم إن أعتقت غانما فأنت حر ، ثم أعتق غانما قدم عتق غانم لأن عتقه سابق . فان قال ان أعتقت غانما فأنت حر حال عتق غانم ثم أعتق غانما فقد قال بعض أصحابنا : يعتق غانم ، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره ، وعتق سالم متعلق بعتق غيره ، فاذا أعتقناهما فى وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم ، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدى إثباته إلى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم لأنه أصل ، ويحتمل عندى أنه لا يعتق واحد منهما ، لأنه جعل عتقهما فى وقت واحد ، ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق فوجب أن يسقطا

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقـدم وما تأخر يلزم فى وقت واحد وهو بعد الموت ، فان كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محـــاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوى إن تساوت .

وإن كان الجميع عتقاً أقرع بين العبيد لما ذكرناه فى القسم قبله . وإن كان بعضها عتقا وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان

(أحدهما) أن الثلث يقسم بين الجميع ، لأن الجميع يعتبر من الثلث ، ويلزم

فى وقت واحـد (والثانى) يقدم العتق بما له من القوة ، وان كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا تقدم الكتابة لأنه ليس له قوة وسراية فلم تقـدم كالهبات (والثانى) أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق .

﴿ فصل ﴾ وإن وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثلث أو يقضى دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ، ففيه وجهان (أحدهما) يقسط الثلث على الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث ، فان كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يفى تمم من رأس المال ، لأنه فى الاصل من رأس المال ، وانما اعتبر من الثلث بالوصية ، فاذا عجز الثلث عنه وجب أن يتمم من أصل المـال (والثانى) يقدم الحج والدين ، لأنه واجب ثم يصرف ما فضل فى الوصايا

﴿ فصـل ﴾ وان وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب أو له عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . وإلى الورثة الثلثان ، وكل ما حضر من الغائب أو نض من الدين شىء قسم بين الورثة والموصى له ، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك فى المال .

وان وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان ، لان الموصى له شريك الوارث فى المال ، فصار كالشريك فى المال .

وان أراد الموصى له التصرف فى ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان

(أحدهما) تجوز لان الوصية فى ثلث الحاضرة ماضيه ، فمكن من التصرف فيه (والثانى) لا يجوز لأنا منعنا الورثة من التصرف فى الثلثين الموقوفين . فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف فى الثلث ، وان دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة ؛ ففيه وجهان

(أحدهما) يعتق ثلث العبد ؛ لان عتق ثلثه مستحق بكل حال

(والثانى) وهو ظاهر المـذهب أنه لا يعتق ؛ لانا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث ، ولم يحصل للورثه مثلاه . وهذا لا يجوز

(الشرح) قال الشافعي : ولو أوصى بغلامه وهو يساوي خمسمائة وبداره لآخر وهي تساوي ألفاً وبخمسمائة لآخر والثلث ألف درهم ، دخل على كل واحد منهم عول نصف فصار للذي له الغلام نصفه ، وللذي له الدار نصفها ، وللذي له الخمسمائة نصفها .

قلت : إذا ضاق الثلث عن الوصايا فللورثة حالتان : حالة يجيزون ، وحالة يردون ، فإن ردوا قسم الثلث بين أهل الوصايا بالحصص ، وتسوى منه الوصية بالمعين والمقدر .

وحكى عن أبي حنيفة أن الوصية بالمعين مقدمة على الوصية بالمقدر . استدلالا بأن المقدر يتعلق بالذمة . فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها بالذمة . وهذا غير صحيح ، لأن محل الوصايا في التركة ـ سواء ضاق الثلث أو اتسع لها فاقتضى أن يستوى المعين والمقدر مع ضيق الثلث كما يستويان مع اتساعه ، ولأن الوصية بالمقدر أثبت من الوصية بالمعين ، لأن المعين إن تلف بطلت الوصية به ، والمقدر إن تلف بعض المال لم تبطل الوصية

فإذا تقرر استواء المعين والمقدر مع ضيق الثلث عنها وجب أن يكون عجز الثلث داخلا على أهل الوصايا بالحصص ، فاذا أوصى بسيارته لرجل وقيمتها خمسمائة ؛ وبداره لآخر وقيمتها ألف وبخمسمائة لآخر ، فوصايا الثلاثة كلها تكون ألفين ؛ فان كان الثلث ألفين فصاعداً فلا عجز . وهي ممضاة ، وإن كان الثلث ألفاً فقد عجز الثلث عن نصفها فوجب أن يدخل العجز على جميعها . ويأخذ كل موصى له بشيء نصفه فيعطى الموصى له بالسيارة نصفها، وذلك مائتان وخمسون ويعطى الموصى له بالدار نصفهاوذلك خمسمائة . ويعطى الموصى له بالخمسمائة نصفها وذلك مائتان وخمسون

وعلى قول أبي حنيفة تسقط الوصيه بالخمسمائه المقدرة ، ويجعل الثلث بين الموصى له بالسيارة والدار ، فيأخذ كل واحد منهما ثلثي وصيته لدخول العجز بالثلث منها ، فلو كان الثلث في هذه الوصايا خمسمائه فهو ربع الوصايا الثلاثه فيعطى كل واحد ربع ما جعل له . ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائه فيجعل لكل واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس

وإن أجازوا الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها ودخول العجز بالنصف عليها ففى إجازتهم قولان .

(أحدهما) أن إجازتهم ابتداء عطية منهم لأمرين . أحدهما : أن مازاد على الثلث منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه .

(والثانى) أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منعوه وجب أن يكونوا بالإجازة معطين لما أجازوه فعلى هذا قد ملك أهل الوصايا نصفها بالوصية لاحتمال الثلث لها ولا يفتقر بملكهم لها إلى قبض ونصفها بالعطية لعجز الثلث عنها ، ولا يتم ملكهم إلا بقبضه . والثانى : وهو أصح ، وبه قال أبو حنيفة : إن إجازة الورثة تنفيذ أو إمضاء لفعل الميت ، وإن ذلك مملوك بالوصية دون العطية لأمرين (أحدهما) أن ما استحقوه من الخيار فى عقود الميت لا يكونون بالإمضاء عاقدين لها كالمشترى سلعة إذا وجد وارثه به عيباً فأمضى الشراء ولم يفسخه كان تنفيذاً ولم يكن عقداً فكذلك خياره فى إجازة الوصيه (والثانى) أن لهم رد مازاد على الثلث فى حقوق القسمة ، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه ، فصار الثلث وما زاد عليه سواء فى لزومه لهم ، فإذا استوى الحكم فى الجميع مع اللزوم اقتضى أن يكون جميعه وصية لا عطية فعلى هذا يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال الثلث لها ، ونصف بالإجازة بعد الوصيه من غير قبض تعيين ، ولا رجوع يسوغ

(فرع) قد أسلفنا القول فى عطايا المرض وتقديمها على الوصايا اذا ضاق الثلث عنها ، وقلنا عن ترتيب المريض لها مالم يتخلل الوصايا عتق ، وأقوال الفقهاء الوارد عليه ، أما اذا أوصى أن يحج عنه حجة الإسلام المكتوبه من الثلث أو يقضى دينه من الثلث فقال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى أن يحج عنه ولم يحج حجة الإسلام — فإن بلغ ثلثه حجته من بلده أحج عنه من بلده ، وان لم يبلغ أحج عنه من حيث بلغ . قال المزنى : والذى يشبه قوله أن يحج عنه من رأس ماله لأنه فى قوله دين عليه .

وجملة ذلك أن للمستدل فى الحج عنه حالتان ، حالة يوصى به وحالة لا يوصى به ، فإن لم يوص به فلا يخلو حاله من أحد أمرين اما أن يكون عليه حج واجب

أو لا حج عليه ، فإن لم يكن عليه حج لم يجز أن يتطوع عنه بالحج . وان كان عليه حجة الإسلام فمات من غير أن يوصى بها فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميقات بلده ، وكذلك يخرج عنه من رأس ماله ما وجب عليه من زكوات وكفارات ، وان لم يوص بها .

وقال أبو حنيفه : لا يصح الحج عنه ولا الزكاة ولا الكفارة الا بوصية منه وهذا فاسد بما ذكره النووى فى الحج بأقوى حجاج ، ولأن ماتعلق وجوبه بالمال لزم أداؤه وان لم يوص به كالديون . واذا لزم أداؤه عنه فمن رأس المال كالديون وتخرج منه أجرة المثل من الميقات لا من بلده ، وان كانت استطاعته من بلده شرطا فى وجوب حجه ، لأنه اذا كان حيا لزمه أداؤه بنفسه فصار نفقة معتبرة فى استطاعته ، واذا مات لم يتعين الثلث عنه أن يكون فى بلده ، وانما لزم أن يؤتى بالحج من ميقات بلده فلذلك اعتبر أجرة المثل من ميقات بلده .

(فرع) اذا أوصى أن يحج عنه ، فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام . أحدها : أن يجعل الحج من رأس ماله ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يذكر قدر ما يحج به عنه ، والثانى : أن لا يذكر ، فإن لم يذكر أخرج عنه من رأس ماله قدر أجرة المثل من ميقات بلده ، ولا يستفاد بوصيه الا التذكير والتأكيد ، وسواء ذكر القدر أم لم يذكر ، فإن أجرة المثل أتم اذا كانت من الميقات وخروجها من رأس المال .

والقسم الثانى : أن يوصى بالحج من ثلثه فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يجعل كل الثلث مصروفا الى الحجة الواجبة عليه فهذا الحج عنه بالثلث من بلده ان أمكن ، ولا يجوز أن يدفع الى وارثه ان زاد على أجرة المثل ، ويجوز أن يدفع اليه ان لم يزد ، فإن عجز الثلث عن الحج من بلده أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه فان عجز الا من ميقات البلد أحج به عنه من ميقات البلد ، فان عجز عنه وجب اتمام أجرة المثل من ميقات بلده من رأس المال وصار فيها دور ، لأن ما يتمم به أجرة المثل من رأس ماله يقتضى نقصان رأس المال .

(والضرب الثانى) أن لا يجعل كل الثلث مصروفا الى الحج بل يقول : أحجوا

عنى من ثلثى ، فهذا إما أن يذكر قدراً فلا يزاد عليه إن وجد ويستأجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فان لم يوجد من يحج بها من ميقاته وجب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لأن القدر الذى حدده من الثلث لا يزاد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال ، وإما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجرة المثل ثم فيها وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق المروزى : الظاهر من كلام الشافعى أجرة المثل من بلد الموصى لأن الوصية فى الثلث تقتضى الكمال . والوجه الثانى : أجرة مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص ، فإن عجز الثلث عن جميع الأجرة تمم الجميع مثل أجرة الميقات من رأس المال . فلو كان فى الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففى تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو اسحق المروزى .

أحدهما : يقدم الحج على جميع الوصايا فى الثلث لأنه مصروف فى فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج فى أهل الوصايا ، والوجه الثانى أنه يقسط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لأن الحج وإن وجب فله محل غير الثلث تساوى فى الثلث أهل الوصايا ثم تمم أجرة المثل من رأس المال ، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضائها من ثلثه أحدهما يتقدمون بها على أهل الوصايا .

والثانى : يحاصونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثانى إذا جعله من ثلثه .

القسم الثالث : أن يطلق الوصية فلا يجعله من الثلث ولا من رأس المال فالذى نص عليه الشافعى فى الجديد فى مناسك الحج أنه يحج عنه من رأس المال ، وقال فى الوصايا : يحج عنه من ثلثه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين أحدهما : يكون من رأس المال كما لو لم يوص به لوجوبه كالديون ، والقول الثانى : أن يكون من الثلث ليستفاد بالوصية ما لم يكن مستفاداً بغيرها . وقال أبو على بن خيران : ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو يبعيض الحكم على حالين فالذى جعله فى الثلث هو أجرة

مثل المسير من بلده إلى الميقات ، والذى جعله من رأس المال هو أجرة المثل من الميقات . وقال أبو اسحق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : يكون ذلك من رأس المال قولا واحداً ، والذى قاله ههنا أنه يكون فى الثلث إذا خرج بأنه فى الثلث توفيراً على ورثته ، ألا تراه قال : فان لم يبلغ تمم من رأس المال .

وإذا وصى بالحج تطوعاً عنه بمال ففيه قولان أحدهما : أن الوصية باطلة والثانى : جائزة وقد بسط النووى توجيهها فى كتاب الحج .

(فرع)

قال مالك بن أنس رضى الله عنه : إذا أوصى لرجل بمائة دينار له حاضرة وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة فالورثة بالخيار بين امضاء الوصية بالمائة كلها عاجلا ، سواء حل الدين وسلم الغائب أم لا ، وبين أن يسلموا ثلث المائة الحاضرة وثلث الدين من المال الغائب ويصير الموصى له بالمائة شريكا بالثلث فى كل التركة ، وإن كثرت وسمى ذلك خلع الثلث ، استدلالا بأن للوصى ثلث مائة ، فاذا غير الوصية بالثلث فى بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه ، فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى ، فهذا دليل مالك ، وما عليه فى هذا القول .

واستدل اسماعيل بن اسحق بأن تعيين الموصى للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة بمنزلة العبد الجانى إذا تعلقت الجناية فى رقبته فسيده بالخيار بين افتدائه بأرش جنايته أو تسليمه ، فهذا مذهب مالك ودليلاه .

ومذهب الشافعى رضى الله عنه أن الموصى له ثلث المائة الحاضرة ، وثلثاها الباقى موقوف على قبض الدين أو من الغائب ما يخرج المائة كلها من ثلثه أمضيت الوصية بجميع المائة ، وإن وكل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله الثلث منها ، فإن برىء الدين وتلف الغائب استقرت الوصية فى ثلث المائة الحاضرة وتصرف الورثة فى ثلثيها ، لأنها صارت جميع التركة .

واختلف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغائب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن من التصرف فيها لأنه ثلث ممضى .

(والوجه الثانى) يمنع من التصرف فيها لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة فى مثليه ، وقد منع الورثة من التصرف فى ثلثى المـائة الموقوف ، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف فى الثلث الممضى ، والدليـل على فساد ما ذهب اليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية منهما ، لأنه إذا أجبر الورثه بين التزام الوصيه فى ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية فى كل المائة فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية لأنهم اختاروا منعه من كل المائه فقد ألزمهم ثلث كل التركة ، وذلك غير موصى به .

وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائه فعلم فساد مذهبه بما يؤول اليه حال كل واحـد من الخيارين ، فإذا جعلتم تعيين الوصيه بالمائه الحاضرة إدخال ضرر أو جنايه فالضرر قد رفعناه بوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب ، فصار الضرر بذلك مرتفعاً ، وإذا زال الضرر ارتفت الجناية منه فبطل الخيار فيه .

فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقى تركته التى تخرج كل المائه من ثلثها دين أو غائب ، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثاها على قبض الدين ووصول الغائب ، فإذا قبض ووصل منهما أو أحـدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها . وهل يمكن الورثة فى حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرساً أو سيارة إن كانت وصيه أو غير ذلك ، فتركب ويتصرف فى منفعتها أم لا ، على وجهين .

(أحدهما) يمكن ذلك لئلا يلزمهم إمضاء الوصيه بمالم ينتفعوا بثلثيه ، وهذا على الوجه الذى يقول : إن الموصى له بالمائه إذا وقف ثلثها منع من التصرف فى ثلثيها اعتباراً بالتسويه ، فعلى هذا ان برىء الدين وتلف الغائب استقر ملكهم على ماوقف من ثلثيها وكان لهم التصرف فى الثلثين أو بيع ثلثى الفرس أو السيارة

وان اقتضى من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع الموصى له بالفرس أو السيارة عليهم بما أخذوه من كسبهما أو أجرة ، وليس للورثه أن يرجعوا على الموصى له بما انفقوا على الفرس أو السيارة من نفقات السياسه أو الصيانة ، وقد كان لهم اجازة الوصية فصاروا متطوعين بالنفقه .

(والوجه الثانى) أنهم يمنعون من ذلك كما يمنعون من التصرف بالبيع : لأن الظاهر نفوذ الوصيه بعتقه ، وعلى هذا الوجه الذى يجوز للموصى له التصرف فى ثلث المائة ، وان منع الورثه من التصرف فى ثلثيها ، فعلى هذا ان برىء الدين وتلف الغائب ولم يتصرف الورثه فى استغلال الموصى به أدى الموصى له ثلثى غلة كسب الموصى به أو أجرة مثله للورثه لأنه لا يستحق فى الوصيه الا ثلثها والباقى للورثه ، وقد فوت عليهم منافع ثلثى المال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقى من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص ؛ وقال أبو ثور وأبو العباس : لا تنفذ الوصيه الا فى ثلث الباقى كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الأول ، لأن ثلث العبد ملكه ، وثلث ماله يحتمله ، فنفذت الوصيه فيه كما لو أوصى له بعبد يحتمله الثلث ، ويخالف هذا اذا أوصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه ، لأن الوصيه هناك بثلث ماله ، وماله هو الباقى بعد الاستحقاق ، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقى وله مال غيره يخرج الباقى من ثلثه .

(فصل) وان وصى له بمنفعة عبد سنه ، ففى اعتبارها من الثلث وجهان . أحدهما : يقوم العبد كامل المنفعه ، ويقوم مسلوب المنفعه فى مدة سنه ، ويعتبر ما بينهما من الثلث . والثانى : تقوم المنفعه سنه ، فيعتبر قدرها من الثلث ، ولا تقوم الرقبه لأن الموصى به هو المنفعه ، فلا يقوم غيرها ، وان وصى له بمنفعه عبد على التأبيد ففى اعتبار منفعته من الثلث ثلاثه أوجه .

أحدها : تقوم المنفعه فى حق الموصى له والرقبه مسلوبه المنفعه فى حق

الوارث ، لأن الموصى له ملك المنفعة ، والوارث ملك الرقبة ، وينظر كم قدر التركة مع قيمة الرقبه مسلوبة المنفعة ، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث .

والثانى : تقوّم المنفعة فى حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية ، ولا تقوّم الرقبة فى حق الموصى له ، لأنه لم يملكها ولا فى حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعه فى حقه لا فائدة له فيها ، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعه ، فتعتبر من الثلث ، والثالث وهو المنصوص : تقوم الرقبه بمنافعها فى حق الموصى له ، لأن المقصود من الرقبه منفعتها ، فصار كما لو كانت الرقبه له فقوّمت فى حقه ، وينظر قدر التركة فتعتبر قيمه الرقبه من ثلثها ، وإن وصى بالرقبه لواحد وبالمنفعه لواحد قومت الرقبه فى حق من وصى له بها ، والمنفعه فى حق من وصى له بها ، لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى له بشىء بعينه فاستحق ثلثه كان له الثلث الباقى إذا احتمله الثلث ، وإذا أوصى له بثلث دار هو فى الظاهر مالك لجميعها فاستحق ثلثا الدار وبقى على ملك الموصى ثلثها ، فالثلث كله للموصى له إذا احتمله الثلث ، وهو قول الجمهور .

وقال أبو ثور : يكون له ثلث الثلث استدلالا بأنه لما أوصى له بثلثها ، وهو فى الظاهر مالك لجميعها تناولت الوصيه ثلث ملكه منها ، فإذا بان أن ملكه منها الثلث وجب أن تكون الوصيه بثلث الثلث ، لأنه كان ملكه منها كمن أوصى بثلث ماله وهو ثلاثه آلاف درهم فاستحق منها ألفان كانت الوصيه بثلث الالف الباقيه هكذا قال أبو ثور من الفقهاء وأبو العباس بن سريج من أصحابنا ، وهو فاسد من وجهين .

أحدهما : أن ما طرأ من استحقاق الثلثين ليس بأكثر من أن يكون عند الوصيه غير مالك للثلثين ، وقد ثبت أنه لو أوصى له بثلث دار هو قدر ملكه منها كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث ، كذلك إذا أوصى له بثلثها فاستحق ما زاد على الثلث منها .

والثانى : هو أن رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع ، وقد ثبت أنه لو

باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقى من ثلثها صحت الوصية بكل الثلث الباقى بعد البيع ، فكذلك تصح بالثلث الباقى بعد المستحق ، وليس لما ذكراه من استدلال بثلث المال وجه ، لأن الوصية لم تعتبر إلا فى ثلث مالكه ، وماملكه هو الباقى بعد الاستحقاق ، ولو فعل مثل ذلك فى الوصية بالدار فقال قد أوصيت لك بثلث ملكى من هذه الدار فاستحق ثلثاها كان له ثلث ثلثها الباقى

(مسألة) إذا ابتدأ الوصية بثلث ماله لرجل ، ثم أوصى أن يحج عنه رجل بمائة درهم ، ثم أوصى بالباقى من ثلث المال لآخر ، فقد اختلف أصحابنا فى الموصى له بالباقى فى هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثلث على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى : أنها باطلة لأن تقديم الوصية بالثلث يمنع من أن يبقى شىء من الثلث ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة الوصية بالثلث وبالمائة أمضيا وإن لم يجيزوهما ردا الى الثلث ، فجعل نصف الثلث لصاحب الثلث ، وكان النصف الآخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقى على ما مضى من الوجهين

(فرع) الوصية بالمنفعة كما أسلفنا القول كالوصية بالعين ، فلما كان الموصى له بالرقبة يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة أيضا يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية ، فإذا ثبت هذا فالوصية بالمنفعة ضربان مقدرة بمدة ومؤبدة . فإن قدرت بمدة كأن قال : قد أوصيت لزيد بخدمة عبدى سنة فالوصية جائزة له بخدمة سنة ، والمعتبر فى الثلث منفعة السنة دون الرقبة . وفى كيفية اعتبارها وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنه يقوم العبد كامل المنفعة فى زمانه كله . فإذا قيل مائة دينار قوم وهو مسلوب المنفعة سنة . فإذا قيل ثمانون ديناراً فالوصية بعشرين ديناراً . وهى خارجة من الثلث إن لم يكن على الموصى دين

والوجه الثانى : وهو الذى أراه مذهبا أنه يقوم خدمة مثله سنة فتعتبر من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن المنافع المستهلكة فى العقود والمغصوب هى المقومة دون الأعيان ، فلو أراد أن يستأجر دكانا فإن ذلك يعد معاوضة على المنفعة فلا تقوم العين على حدة والمنفعة على حدة ، وإنما العقد لا يكون الا على المنفعة فكذلك فى الوصايا ، فاذا علم القدر الذى تقومت به خدمة السنة إما من الدين

على الوجه الأول أو من المنافع على الوجه الثانى نظر ، فإن خرج جميعه من الثلث صحت الوصية له بخدمة جميع السنة وإن خرج ثلثه من الثلث رجعت الوصية الى ثلثها واستخدمه ثلث السنة فإذا تقرر أنه على هذه العبرة استحق استخدامه جميع السنة ، فلا يخلو أن يكون فى التركة مال غير العبد أم لا . فإن كان فى التركة مال غيره إذا أمكن الموصى من استخدامه سنة أمكن الورثة أن يتصرفوا من التركة فى تلك السنة بما يقابل مثل العبد ، فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة متوالية حتى يستوفى جميع وصيته ، والورثه لا يمنعون من التصرف فى رقبة العبد حتى تمضى السنة فإن باعوا الموصى بمنافعه عبداً كان أو فرساً أو سيارة أو بيتاً قبل مضى السنة كان فى بيعه قولان كالعبد المؤاجر .

وإن لم يكن فى التركة مال غير الموصى بمنافعه ولا خلف الموصى سواه ففى كيفية انتفاع الموصى له سنة ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج . أحدها أنه ينتفع به سنة متواليه ويمنع الورثه من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له سنة وصيته ، ثم حينئذ يخلص للورثه بعد انقضائها . والوجه الثانى : أنه يستخدم ثلث الموصى به ثلاث سنين ، ويستخدم الورثه ثلثيه حتى يستوفى الموصى له سنة وصيته فى ثلاث سنين لئلا يختص الموصى له بما لم يحصل للورثه مثلاه .

والوجه الثالث : أن يتهايأ عليه الموصى له والورثه ، فيستخدمه الموصى له يوما والورثه يومين حتى يستوفى سنة وصيته فى ثلاث سنين . والوجه الأول أصح لأنهم قد صاروا الى ملك الرقبة فلم يلزم أن يقابلوا الموصى له بمثلى المنفعه لأن حق الموصى له فى استخدام الموصى به جميعه ، فلم يجز أن يجعل فى ثلثه ، ولأن حقه مفضل ومعجل فلم يجز أن يجعل مرجا أو مفرقاً

وإذا كانت الوصية بالمنفعه على التأبيد ، كأن قال أوصيت لزيد باستخدام سيارتى أبداً فالوصيه جائزة اذا حملها الثلث

واختلف أصحابنا فى الذى يعتبر قيمته فى الثلث على وجهين (أحدهما) قاله الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف العراقيين ، وهو اختيار أبى العباس بن سريج أنه تقوم جميع الرقبه فى الثلث ، وان اختصت الوصيه بالمنفعه كما تقوم رقبة الوقف فى الثلث .

وإن ملك الموقوف عليه المنفعة فعلى هذا هل يصير الموصى له مالكاً ، وإن منع من بيعها أم لا . على وجهين (أحدهما) لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها (والثانى) يملكها كما يملك أم الولد . وإن كان ممنوعاً من بيعها لتقويمها عليه فى الثلث ، وهذا قول أبى حامد المروروذى . هذا إذا قيل إن الرقبة هى المقومة والوجه الثانى : أنه يقوم منافع الموصى به فى الثلث دون الرقبة ، لأن التقويم إنما يختص بما تضمنته الوصية ، ولا يجوز أن يتجاوز بالتقويم الى غيره ولأنه لو أوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لرجل لم يقوّم فى حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة . كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة واعتبار ذلك أن يقوّم : كم قيمة الموصى به بمنافعه ، فإذا قيل مائة دينار ، قيل : وكم قيمته مسلوب المنافع ، فإذا قيل عشرون ديناراً علم أن قيمة منافعه ثمانون ديناراً فتكون هى القدر المعتبر من الثلث .

فعلى هذا هل يحتسب الباقى من قيمة الرقبة وهو عشرون ديناراً على الورثة فى ثلثيهم أم لا . على وجهين (أحدهما) يحتسب به عليهم ، لأنه قد دخل ملكهم وهذا قول أبى إسحاق المروزى (والوجه الثانى) لا يحتسب به عليهم لأن مازالت عنه المنفعة زال عنه التقويم .

فاذا ثبت ما ذكرناه وخرج القدر الذى اعتبرناه من الثلث صحت الوصيه بجميع المنفعة ، وكان للموصى له استخدامه أبداً ما كان حياً وأخذ جميع أكسابه المألوفة ، وهل يملك ما كان غير مألوف منها ، على وجهين : أصحهما يملكه . وفى نفقته ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنها على الموصى له بالمنفعة ، لأن النفقة تختص بالكسب (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها على الورثه لوجوبها بحق الملك (والثالث) وهو ماحكاه أبو حامد الاسفرايينى تجب فى بيت المال لأن كل واحد من مالكى المنفعة والرقبة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه فعدل بها إلى بيت المال ، فان مات الموصى له فهل تنتقل المنفعه الى وارثه أم لا ، على وجهين حكاهما أبو على الطبرى فى الإفصاح

(أحدهما) أن المنفعه تنتقل الى ورثته لتقويمها على الأبد فى حقه ، فعلى هذا تكون المنفعه مقدرة بحياة العين .

والوجه الثانى : قد انقطعت الوصيه بموت الموصى له لأنه وصى له فى عينه بالخدمة لا لغيره ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة الموصى له ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصَى

فأما بيع الموصى بمنفعته ، فان أراد الموصى له بالمنفعة بيعه لم يجز سواء ملك جميع المنفعة أو بعضها ، وسواء قيل إنه مالك أو غير مالك . وان أراد ورثة الموصى بيعه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز لثبوت الملك (والثانى) لا يجوز لعدم المنفعة (والثالث) يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعه ولا يجوز من غيره ، لأن الموصى له ينتفع به دون غيره . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن وصى له بثمرة بستانه ، فان كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث ، وإن لم تخلق — فان كانت على التأبيد — ففى التقويم وجهان :

(أحدهما) يقوم جميع البستان (والثانى) يقوم كامل المنفعه ، ثم يقوم مسلوب المنفعه ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فان احتمله الثلث نفذت الوصيه فيما بقى من البستان . وإن احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثه ، فان كان الذى يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف وللورثه النصف والله أعلم .

(الشرح) الأحكام : إذا أوصى له بثمرة فذلك ضربان : أن تكون الثمرة موجودة فالوصية جائزة وتعتبر قيمتها من الثلث عند موت الموصى لا حين الوصية فان خرجت من الثلث فهى للموصى له ، وإن خرج بعضها كان له منها قدر ما احتمله الثلث ، وكان الورثة شركاءه فيها بما لم يحتمله الثلث منها . والضرب الثانى أن يوصى بثمرة لم تخلق فهذا على ضربين (أحدهما) أن يوصى بثمرته على الأبد فالوصية جائزة ، وفيما يقوم فى الثلث وجهان . أحدهما : جميع البستان . والثانى يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين من الثلث ، فان احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبداً ما بقى البستان ، وإن احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة ؛ مثل أن يحتمل

النصف فيكون الموصى له النصف من ثمره كل عام وللورثه النصف الباقى ، وإذا احتمل الثلث جميع القيمه وصارت الثمرة كلها الموصى له فاحتاجت الى سقى فلا يجب على الورثة السقى بخلاف بائع الثمرة حيث وجب عليه سقيها للمشترى إذا احتاجت إلى السقى ، لأن البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملا والسقى من كماله وليس كذلك الوصية لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له ولا يجب على الموصى له سقيها ، لأنها بخلاف البهيمة الموصى بخدمتها فى الحرث والسقى ، لأن نفقة البهيمة مستحقة لحرمة نفسها ووجوب حفظها بخلاف الثمرة ، وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقى لم يلزم واحداً منهما ؛ وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه ، فان مات النخل استقطع جذاعه للورثة دون الموصى له ، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا ان غرس الورثه مكانه نخيلا كان له فيه حق ، لأن حقه كان فى النخل الموصى له به دون غيره

والضرب الثانى : أن يوصى بثمره مدة مقدرة ، كأن أوصى له بثمره عشر سنين ، فمن أصحابنا من ذهب الى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة لأن تقويم المنفعة المقدرة ممكن ، وتقويم الثمار المقدرة المدة غير ممكن . وذهب سائر أصحابنا الى جوازها كالمنفعة ، وفيما تقدم فى الثلث وجهان

أحدهما : أنه يقوّم البستان كامل المنفعه ، ويقوم مسلوب المنفعه ، ثم يعتبر ما بين القيمتين فى الثلث .

والوجه الثانى : أن ينظر أوسط ما تثمره النخل غالبا فى كل عام ثم تعتبر قيمة الغالب من قيمة الثمرة فى أول عام ، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص . فإن خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة فى تلك المدة ، وان خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام الى انقضاء تلك المدة ، وليس له أن يستكمل هذه كل عام فى نصف تلك المدة ، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام فى المقادير والأثمان . نخالف منافع العبد والبهيمة والدار .

ومثل الوصية بثمرة البستان أن تكون الماشيه فيوصى له بدرها ونسلها ، وتجب نفقة الماشيه كما أسلفنا والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا ، يميناً وشمالا وقداماً وخلفاً » .

(فصل) وإن وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن ، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه ، فيه وجهان .

(أحدهما) يدخل فيه لعموم اللفظ .

(والثانى) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف إلا على من يحفظه ، وإن وصى للعلماء صرف الى علماء الشرع ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف الا عليهم ، ولايدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقه ، لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم .

(الشرح) حديث أبى هريرة مرفوعا « حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يمينا وشمالا وقدام وخلف » هكذا ورد بغير تنوين قدام وخلف وقد ساقها المصنف منوناً لهما والحديث أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار ، وهو ضعيف هكذا أفاده الهيثمى فى مجمع الزوائد على أن القول بهذا الحديد لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد ، وبه قال أحمد وغيره من الفقهاء ، على أن المعروف من مذهب الشافعى وبناء على أصله « اذا صح الحديث فهو مذهبى » أنه لا عبرة بحديث لم يصح سنده فى الأصول ولا فى الفروع ، والعبرة فى هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه ، الا أن الماوردى قال فى حاويه فى الغارمين . قال الشافعى : ويعطى من له الدين عليهم أحب للبر ، ولو أعطوه فى دينهم رجوت أن يتسع ، فإن ضمنه فى اثنين ضمن حصة الثالث ، وفيه وجهان .

(أحدهما) يضمن ثلث الثلث .

(والثاني) أنه يضمن أقل ما يجزىء أن يعطيه ثالثا ويختص به غارما فى بلد المال ، ومن كان منهم ذا رحم أولى لما فى صلتها من زيادة الثواب ، فإن لم يكونوا لجيران المال لقوله تعالى « والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » قال الشافعي : وأقصى الجوار منهم أربعون داراً من كل ناحية ، وهكذا لو أوصى لجيران كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية ، وقال قتادة . الجار الدار والداران ، وقال سعيد بن جبير : هم الذين يسمعون الإقامة ، وقال أبو يوسف هم أهل المسجد . ودليلنا ما روى أن رجلا كان نازلا بين قوم فأتى للنبي صلى الله عليه وسلم يشكوهم ، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعليا رضى الله عنهم وقال : اخرجوا الى باب المسجد وقولوا : ألا ان الجوار أربعون داراً .

قلت : فإذا صح ما استدل به الماوردى من بعث الصحابة الثلاثة ليبلغوا عنه صلى الله عليه وسلم هذا كان دليلا مسنداً للمذهب والا كان تحديد الاربعين اجتهاداً وعرفا يصار اليهما على أنه قد استغل بعض السفهاء من واضعى الحديث حث القرآن والسنة على حسن الجوار لجعلوه مرتعاً لأحاديث غير شريفة ، من ذلك ما روى عن جابر رضى الله عنه مرفوعا « الجيران ثلاثه : جار له حق واحد وهو أدنى الجيران وجار له حقان وجار له ثلاثة حقوق ، فأما الذى له حق واحد لجار مشرك لا رحم له ، له حق الجوار ، وأما الذى له الحقان لجار مسلم له حق الإسلام وحق الجوار ، وأما الذى له ثلاثه حقوق لجار مسلم ذو رحم له حق الإسلام وحق الجوار وحق الرحم ، وهذا الحديث رواه البزار عن شيخه محمد الحارثي وهو وضاع ، وفيما روى من الاحاديث الصحيحة غنى ، الا أن الحديث الذى ساقه الماوردى قد رواه الطبراني عن كعب بن مالك ولفظه : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يارسول الله انى نزلت فى محلة بنى فلان ، وان أشدهم لى أذى أقربهم لى جواراً فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعليا

يأتون باب المسجد فيقولون على بابه فيصيحون : ألا إن أربعين داراً جار ، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه . وفى إسناده يوسف بن السفر ، أبو الفيض الدمشقى كاتب الاوزاعى وراويه كما روى عن مالك . قال النسائى : ليس بثقة . وقال الدارقطنى متروك يكذب . وقال ابن عدى : روى بواطيل ، وقال البيهقى : هو فى عداد من يضع الحديث : وقال أبو زرعة وغيره متروك

فإذا وصى لقراءة القرآن وكان المضاف اليه معرفا بأل وهو يقتضى إما العهد أو الاستغراق ، فإن قلنـا بالأول ، فعلى الوجه الذى يجعل الوصية لمن يحفظ القرآن كله ويخرج ذلك من لا يحفظه جميعاً ، وإن قلنا بالثانى فكل ماقرىء من القرآن فهو قرآن دخل من لا يحفظه كله لاشتمال لفظه عليه ، فإذا وصى وقال لقراء قرآن ، شمل من يحفظه كله ومن يحفظ آية واحدة قولا واحداً .

فإن وصى للعلماء صرف إلى علماء وفقهاء الأحكام ، ودارسى الفروع ، لأنه لا يطلق عرفا عند من يوصون للقربة إلا عليهم ولا يدخل فيهم صغار المتعلمين للحديث لأنهم يسمعون الحـديث ، ولا يشتغلون باختلاف أسانيده ، وأسماء رواته ، ومعرفة الثقة العدل الضابط منهم والمجروح بدلس أو سوء حفظ أو تصديق لكل ما يسمع ، أو شذوذ أو نكارة أو وضع أو صـاحب مقالة فى الإسلام أو غلو فى مذهب يخرج به عن حد العدالة إلى غير ذلك مما ينبغى العلم به وارتشاف مورده ، وبذل الوسع فى خدمته ، لأن الحـديث أشرف علوم الدين وأعظمها مرتقى ، وأرجاها عاقبة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب ، لأن اليتم فى بنى آدم فقد الأب ، ولا يدخل فيه بالغ ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد الحلم » وهل يدخل فيه الغنى ، فيه وجهان .

(أحدهما) يدخل فيه ، لأنه تيتم بفقد الاب .

(والثانى) لا يدخـل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على غنى ، فإن وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء ، وهل يدخـل فيه من

لا زوجة له من الرجال ، فيه وجهان (أحـدهما) لا يدخل فيه ، لانه لا يطلق هذا الإسم فى العرف على الرجال (والثانى) يدخل فيه لانه قد يسمى الرجل أرملا كما قال الشاعر :

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال ، على وجهين كما قلنا فى الأيتام .

(فصل) وإن وصى للشيوخ أعطى من جاوز الاربعين ، وإن وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البـلوغ إلى الثلاثين ، وإن وصى للغلمان والصبيان أعطى من لم يبلـغ . لان هذه الاسماء لا تطلق فى العرف إلا على ما ذكرناه .

(الشرح) حديث « لا يُتم بعد الحلم » رواه أبو داود عن على كرم الله وجهه قال « حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل » وفى إسناده يحيى بن محمد المدنى الجارى نسبة إلى الجار بلدة على الساحل بالقرب من المدينة المنورة : قال البخارى : يتكلمون فيه ، وقال ابن حبـان : يجب التنكب عما انفرد به من الروايات . وقال العقيلى : لا يتابع يحيى المذكور على هذا الحديث ، وفى الخلاصة أن العجلى وابن عدى وثقاه .

قال المنذرى : وقد روى هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وأنس بن مالك وليس فيها شىء يثبت ، وقد أعل هذا الحديث أيضاً عبد الحق وابن القطان وغيرهما ، وحسنه النووى فيما سلف من أجزاء المجموع متمسكا بسكوت أبى داود عليه ؛ ورواه الطبرانى بسند آخر عن على ، ورواه أبو داود الطيالسى فى مسنده وأخرج نحوه أيضاً ابن عـــدى عن جابر ، وهذه الروايات يقوى بعضها بعضاً فترقى بالحديث إلى درجة الحسن .

وقد استدل بالحـديث على أن الاحتلام من علامات البلوغ ، وتعقب بأنه بيان لغاية مدة اليتم ؛ وارتفاع اليتم لا يستلزم البلوغ الذى هو مناط التكليف ، إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته ، ويؤيد مفهومه عند القائلين بأن الاحتلام من علامات البلوغ روايه أحمد وأبى داود والحاكم من حديث على رضى الله عنه وفيه « وعن الصبي حتى يحتلم » وقد أسلفنا القول فى أبواب الحجر فى تعريف اليتيم

ما ينفع فى هذا فليراجع . على أنه إذا أوصى للأيتام ووجـد من الأيتام الفقراء من يفيدون من وصيته بما لا يبقى منه فضل كانوا أولى من اليتيم الغنى وإن شمله التعريف .

فإن وصى للأرامل فهو للنساء اللائى فارقهن أزواجهن بموت أو غيره ، وهو من أرمل المكان اذا صار ذا رمل ، وأرمل الرجل اذا صار بغير زاد لنفاده وافتقاره . وأرملت المرأة فهى أرملة ، وهى التى لا زوج لها لافتقارها الى من ينفق عليها . قال الأزهرى : لا يقال لها أرملة الا اذا كانت فقيرة ، فاذا كانت موسرة فليست بأرملة ، والجمع أرامل حتى قيل : رجل أرمل اذا لم يكن له زوج وهو قليل ، لايذهب زاده بفقد امرأته لانها لم تكن قيمة عليه . قال ابن السكيت والأرامل المساكين رجالا كانوا أو نساء

وقال أحمد بن حنبل فى رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم هو للرجال والنساء ، والذى يعرف فى كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبى واسحاق : هو للرجال والنساء . وأنشد أحدهما :

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هـذا الأرمل الذكر

وقال الآخر :

أحب أن أصـطاد ظبياً سخبلا رعى الربيـع والشـتاء أرمـلا

فعلى الوجه بأنه لا يدخل فى الوصية أرامل الرجال أن المعروف فى كلام الناس أنه النسـاء فلا يحمل لفظ الموصى الا عليه ، ولأن الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للذكر ، لأن ما يختلف لفظ الذكر والانثى فى واحده يختلف فى جمعه ، وقد أنكر ابن الانبارى على قائل القول الاخر وخطأه ، والشعر الذى احتج به حجة عليه بالرواية التى سقناها ، أما على الرواية التى ساقها المصنف : كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فإنه يدل على شمول الأرامل للذكر والانثى اذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره ، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية

لأرامل الرجال . فيكون أرامل جمع أرمل كأكابر وأعاظم وأصاغر وأسافل جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل

على أن هناك ألفاظاً مشتركة بين الرجال والنساء غلب استعمالها للنساء لكثرة شيوعها فيهن وقلتها بين الرجال ، فالأيامى من قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » وفى الحديث : أعوذ بالله من بوار الايم . قالوا يطلق ذلك على الرجل والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد بن المسيب قال : آمت حفصة بنت عمر من زوجها . وآم عثمان من رقية . والعزاب للرجال والنساء ؛ والثيب للرجال والنساء والبكر للرجال والنساء .

فاذا أوصى للأرامل فهل يدخل فيه من لها مال . على الخلاف الذى مضى فى اليتيم أما اذا وصى للشيوخ أعطى من جاوز الاربعين لأن مادون الأربعين كهولة ومادون الكهولة فتوة أو شباب وما دون ذلك يفاعة ، وما دونه صبى ومادونه طفل ، فهو الى السابعة طفل . ثم الى العاشرة صبى . ثم الى الخامسة عشرة يافع ثم الى الثلاثين شاب أو فتى ، ثم الى الاربعين كهل ، ثم بعد الاربعين شيخ ، ثم بعد الستين هرم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وصى للفقراء جاز أن يدفع الى للفقراء والمساكين ، وان وصى للمساكين جاز أن يدفع الى المساكين والفقراء ، لأن كل واحد من الإسمين يطلق على الفريقين ، وان وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين فى العطية ، لأن الجمع بينهما يقتضى الجمع فى العطيه كما قلنا فى آية الصدقات ، وان وصى لسبيل الله تعالى دفع الى الغزاة من أهل الصدقات ، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم فى عرف الشرع .

فان وصى للرقاب دفع الى المكاتبين ، لأن الرقاب فى عرف الشرع اسم للمكاتبين . وان وصى لأحد هذه الاصناف دفع الى ثلاثة منهم ، لأنه قد ثبت لهذه الالفاظ عرف الشرع فى ثلاثة ، وهو فى الزكاة ، فحملت الوصية عليها ، فان وصى لزيد والفقراء فقد قال الشافعى رحمه الله : هو كأحدهم . فن أصحابنا من قال : هو بظاهره أنه يكون كأحدهم يدفع اليه ما يدفع الى أحدهم ، لأنه أضاف

اليه واليهم فوجب أن يكون كأحدهم . ومنهم من قال : يصرف إلى زيد نصف الثلث ويصرف النصف إلى الفقراء ، لأنه أضاف اليه واليهم ، فوجب أن يساويهم . ومنهم من قال : يصرف اليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة ، فكأنه وصى لأربعة ، فكان حق كل واحد منهم الربع وإن وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء ـ وزيد فقير ـ لم يعط غير الدينار ، لأنه قطع الاجتهاد فى الدفع بتقدير حقه فى الدينار

(فصل) وإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطى وتميم ففيه قولان (أحدهما) أن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم ، كما قلنا فى الوصية للفقراء (والثانى) أن الوصية باطلة ، لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ فى بعضهم فبطل بخلاف الفقراء ، فإنه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو فى ثلاثة فى الزكاة .

(الشرح) قال الإمام الشافعى : وإذا أوصى الرجل فقال : ثلث مالى فى المساكين فكل من لا مال له ولا كسب يغنيه داخل فى هذا المعنى وهو للأحرار دون المماليك ممن لم يتم عتقه . قال وينظر أين كان ماله فيخرج ثلثه فى مساكين أهل ذلك البلد الذى به ماله دون غيرهم ، فإن كثر حتى يغنيهم نقل الى أقرب البلدان له ، ثم كان هكذا حيث كان له مال صنع به هذا . وهكذا لو قال : ثلث مالى فى الفقراء كان مثل المساكين يدخل فيه الفقير والمسكين ، لأن المسكين فقير ، والفقير مسكين اذا أفرد الموصى القول هكذا .

ولو قال ثلث مالى فى الفقراء والمساكين ، علمنا أنه أراد التمييز بين الفقر والمسكنة ، فالفقير الذى لا مال له ولا كسب يقع منه موقعاً والمسكين من له مال أو كسب يقع منه موقعاً ولا يغنيه ؛ فيجعل الثلث بينهم نصفين ؛ ونعنى به مساكين أهل البلد الذى بين أظهرهم ماله ، وفقراءهم وإن قل . ومن أعطى فى فقراء أو مساكين فإنما أعطى لمعنى فقر ، فينظر فى المساكين فإن كان فيهم من يخرجه من المسكنة مائة وآخر يخرجه من المسكنة خمسون ، أعطى الذى يخرجه من المسكنة مائة سهمين ، والذى يخرجه خمسون سهماً وهكذا يصنع فى الفقراء

على هـذا الحساب ، ولا يدخل فيهم ، ولا يفضل ذو قرابة على غيره إلا بما وصفت فى غيره من قدر مسكنته أو فقره ، لأن العطية له صدقة وصلة ، وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما ، فإن صرف الثلث فى أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن ، فإن صرفه فى إثنين كان فى قدر ما يضمنه وجهان

(أحـدهما) وهو الذى نص عليه الشافعى فى الأم أنه يضمن ثلث الثلث ، لأن أقل الأجزاء ثلاثة . والظاهر تساويهم فيه

والوجه الثانى : أنه يضمن من الثلث قدر ما لو دفعه إلى ثلاثة أجزأ ، ولا ينحصر بالثلث لأن له التسوية بينهم والتفضيل ، ولو كان اقتصر على واحد فأحد الوجهين أن يضمن ثلثى الثلث . والوجه الثانى أنه يضمن ما يجزئه من دفعه اليهما فلو أوصى بثلث ماله للفقراء أو المساكين صرف الثلث فى الصنفين بالسوية ودفع السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة ، ودفع السـدس الاخر الى المساكين وأقلهم ثلاثه .

فإن صرفه فى أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الاخر وجهاً واحداً ، ثم عليه صرف الثلث فى فقراء البلد الذى فيه المال دون المالك كالزكاة ؛ فإن تفرق ماله أخرج فى كل بلد ثلث ما فيه ، فان لم يوجدوا فيه نقل إلى أقرب البلاد به كما سلف القول فى زكاة المال من المجموع

فأما زكاة الفطر ففيها وجهان :

(أحدهما) تخرج فى بلد المال دون المالك كزكاة المال

(والثانى) تخرج فى بلد المالك دون المال لأنها عن فطرة بدنه وطهرة لصومه فان نقل الزكاة من بلد المال الى غيره كان فى الإجزاء قولان

فأما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا فى إخراجه على قولين كالزكاة ، ومنهم من قال يجزىء قولا واحداً وإن أساء ، لأن الوصية عطية من آدمى قد كان له أن يضعها حيث شاء .

فإن وصى فى سبيل الله صرف فى الغزاة لما قلناه فى الزكاة ويصرف ذلك فى ثلاثة فصاعدا من غزاة البلد ومحاربيه أعنى بلد المال على حسب منازلهم فى القرب والبعد ومن كان فيهم فدائيا أو نظاميا ، طياراً أو آليا أو من المشاة أو الفرسان فإن لم يوجدوا فى البلد نقل إلى أقرب البلاد به .

(فرع) إذا أوصى بثلثه فى الرقاب صرف فى المكاتبين ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : يشترى به رقاب يعتقون ، وأصل هذا اختلافهم فى سهم الرقاب فى الزكاة ، هل ينصرف فى العتق أو فى المكاتبين ، والدليل على ذلك قوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء » فأثبت ذلك لهم بلام الملك والعبد لا يملك فيصرف اليه والمكاتب يملك فوجب صرفه اليه ، ولأنه مصروف فى ذوى الحاجات ، ولان مال الزكاة مصروف لغير نفع يعود إلى ربه ، فلو صرف فى العتق لعاد اليه الولاء فاذا تقرر أن سهم الرقاب فى الزكاة مصروف فى المكاتبين ، وجب أن يكون سهم الرقاب فى الوصايا مصروفا فى المكاتبين ، لان مطلق الاسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع .

(فرع) إذا أوصى بشىء لزيد وللمساكين فقال الشافعى رضى الله عنه : يكون كأحدهم إن عمهم أعطاه كواحد منهم ، ومن أصحابنا من قال : يصرف اليه ربع الوصية وثلاثة أرباعها للفقراء ، ومنهم من قال : يصرف لزيد نصف الوصيه والباقى للفقراء ، لانه جعل الوصيه لجهتين فوجبت القسمه بينهما وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفه ومحمد .

وعن محمد قول آخر : لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه ؛ لان أقل الجمع اثنان ، فان كان أوصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء ، وزيد فقير لم يدفع اليه من سهم الفقراء شىء ، وليس له غير الدينار ، وبه قال الحسن البصرى واسحاق بن راهويه ، لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما ، إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يفضى إلى تجويز دفع الجميع اليه ، ولفظه يقتضى خلاف ذلك .

(فرع) وقوله : فإن وصى لقبيلة عظيمه كالعلويين هم أبناء على كرم الله وجهه

وهم يطلقون هذا على من كان من ولد محمد بن الحنفيه ، ولذلك أطلق بعض من يريدكال الشرف منهم لقب الفاطميين على أنفسهم حتى ينفوا أنهم من أبناء ابن الحنفيه فكل فاطمى علوى وليس العكس .

أما الهاشميون فهم بنو هاشم بن عبد مناف واسمه عمرو وسمى هاشما لهشمه الثريد أيام المجاعه .

عمرو الذى هشم الثريد لقومه   ورجال مكة مسنتون عجاف

وولده عبد المطلب بن هاشم وكان لعبد المطلب اثنا عشر ولداً ، عبد الله أبو النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبو طالب ، والزبير ، وعبد الكعبة ، والعباس ، وضرار ، وحمزة ، وحجل ، وأبو لهب ، وقثم ، والغيداق الملقب بالمقوم ، والحارث أعمام النبي صلى الله عليه وسلم .

والعقب منهم لسته حمزة والعباس وأبو لهب والحارث وأبو طالب وعبد الله وقد ذكر ابن حزم وغيره أن حمزة انقرض عقبه .

أما طيء بفتح الطاء وتشديد الياء بهمزة فى الآخر أخذاً من الطاءة على وزن الطاعه ، وهى الإيغال فى المرعى وهم بنو طيء بن زيد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان ، وإليهم ينسب حاتم الطائى المشهور بالكرم ، وأبو تمام الطائى الشاعر المشهور وهم من العرب العاربه من حمير ، كانت منازلهم باليمن ثم افترقوا بعد سيل العرم فنزلوا بنجد والحجاز ، ثم غلبوا بنى أسد على جبلى أجا وسلمى من بلاد نجد فنزلوهما فعرفا بجبلى طيء ثم افترقوا فى أول الاسلام زمن الفتوحات فى الاقطار ، ومنهم بنو ثعل وزيد الخيل ، وبنو تميم من العرب المستعربة وكانت منازلهم بأرض نجد ومن بطونهم طابخه ومن بطونها مزينه وهم بنو عثمان وأوس ابنى عمرو بن أد بن طابخه ومزينه أمهما عرفوا بها وهى بنت وبرة ، ومنهم كعب ابن زهير المزنى صاحب قصيدة بانت سعاد التى ألقاها أمام النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم الامام إسماعيل بن إبراهيم المزنى صاحب الامام الشافعى رضى الله عنه .

أما الاحكام : فانه إن وصى لبنى فلان وهم قبيلة ويدخل فيهم الذكر والانثى والخنثى ففى جواز الوصيه قولان .

(أحدهما) تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم فما فوق كما قلنا فى الفقراء . وبصحتها قال أحمد بن حنبل وقال : لا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة (والقول الثانى) لا تصح الوصية لعدم إمكان إعطاء الجميع ولا يطلق اللفظ فى العرف على فخذ منهم بحيث لو أوصى لبنى طيء فلا يخص بنى مزينة ، ولو أوصى لبنى هاشم فلا يخص بنى أبى طالب ، فكان باطلا ويخالف الفقراء فانه ينطبق عرفا على ثلاثة منهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه فى نفسه لأنه تمليك ملكه بالإذن فلم يملك من نفسه كالو وكله فى البيع ، والمستحب أن يصرفه الى من لا يرث الموصى من أقاربه ، فان لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع ، فان لم يكونوا صرف إلى جيرانه لأنه قائم مقام الموصى ، والمستحب للموصى أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصى .

(فصل) وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل ، كان لزيد نصف الثلث وتبطل فى الباقى ؛ فان وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان .

أحدهما : أن الجميع لزيد ، لأن ذكر الرياح لغو .

والثانى : أن لزيد النصف وتبطل الوصية فى الباقى كالمسألة قبلها ، فان قال : ثلثى لله ولزيد ففيه وجهان (أحدهما) أن الجميع لزيد ، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى : فأن لله خمسه وللرسول (والثانى) أنه يدفع إلى زيد نصفه والباقى للفقراء لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء .

(فصل) وإن وصى لحمل إمرأة فولدت ذكراً وأنثى صرف اليهما وسوى بينهما ، لأن ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والأنثى ، وإن وصى إن ولدت ذكراً فله ألف ، وإن ولدت أنثى فلها مائة فولدت ذكراً وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة ، فان ولدت خنثى دفع اليه المائة لانه يقين ويترك الباقى إلى أن يتبين فان ولدت ذكرين أو أنثيين ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين والمائة إلى من

يشاء من الانثيين لأن الوصية لاحدهما فلا تدفع اليهما ، والاجتهاد فى ذلك إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه .

والثانى : أنه يشترط الذكران فى الألف والأنثيان فى المائة ، لأنه ليس أحـدهما بأولى من الآخر فسوى بينهما ، ويخالف العبد فانه جعله إلى الوارث ؛ وههنا لم يجعله الى الوارث .

والثالث : أنه يوقف الألف بين الذكرين والمائه بين الأنثيين الى أن يبلغا ويصطلحا ، لأن الوصيه لأحدهما فلا يجوز أن تجعل لهما ولا خيار للوارث ، فوجب التوقف ، فان قال : ان كان مافى بطنك ذكراً فله ألف ، وان كان أنثى فله مائة ، فولدت ذكراً وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئاً لانه شرط أن يكون جميع مافى البطن ذكراً أو جميعه أنثى ، ولم يوجد واحد منهما .

(الشرح) الأحكام : اذا أوصى بثلث ماله الى رجل يضعه حيث يشاء هو أن يضعه أو حيث أراه الله لم يكن له أن يأخذ منه لنفسه شيئاً ، وان كان محتاجا لأنه أمره بصرفه لا بأخذه ولم يكن له أن يصرفه الى وارث الموصى ، وان كان محتاجا لان الوارث ممنوع من الوصية وليس له أن يودعه عند نفسه ولا أن يودعه غيره ، قال الشافعى رضى الله عنه : واختار له أن يعطيه أهل الحاجة من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم ، وليس الرضاع قرابة ، فان لم يكن له قرابة من قبل الاب والام وكان له رضعاء أحببت أن يعطيهم ، فان لم يكن له رضيع أحببت أن يعطى جيرانه الأقرب منهم فالأقرب ، وأقصى الجوار منتهى أربعين داراً من كل ناحية وأحب أن يعطيه أفقر من يجده وأشدهم تعففا واستتاراً ، ولا يبقى فى يده شيئاً يمكن به أن يخرجه من ساعته .

(فرع) ان وصى بالثلث لله ولزيد فقد كان لاصحابنا فيه وجهان . أحدهما : أن الثلث لزيد واسم الله تعالى فى الوصية ورد مورد التبرك . والثانى أن يصرف لزيد نصفه ويصرف النصف الباقى للفقراء ، فعلى هذا الوجه اذا صرف الى زيد الثلث كله ضمن نصفه .

ولو قال : اصرفوا ثلثى فى سبيل الخير أو فى سبيل البر أو فى سبيل الثواب قال الشافعى رضى الله عنه : جزىء أجزاء فأعطى ذو قرابته فقراء كانوا أو أغنياء ، والفقراء والمساكين ، وفى الرقاب والغارمين وابن السبيل والحاج ، ويدخل الضيف والسائل والمعتر منهم ، فان لم يفعل الموصى ضمن سهم من منعه إذا كان موجوداً .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : تجوز الوصية لما فى البطن وبما فى البطن إذا كان يخرج لأقل من ستة أشهر ، فان خرجوا عدداً ذكوراً وإناثاً فالوصية بينهم سواء وهم لمن أوصى بهم له ، وهذه المسألة مشتملة على فصلين .

أحدهما : الوصية للحمل .

والثانى : الوصية بالحمل ، فأما الوصية بالحمل لجائزة ، لأنه لما ملك بالارث — وهو أضيق — ملك بالوصية التى هى أوسع ، فلو أقر للحمل إقراراً مطلقاً بطل فى أحد القولين ، والفرق بينهما أن الوصية أحمل للجهالة له من الاقرار ، ألا ترى لو أوصى لمن فى هذه الدار صح ، ولو أقر له لم يصح ، فاذا قال : قد أوصيت لحمل هذه المرأة بألف نظر حالها إذا ولدت ، فان وضعته لأقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صحت له الوصية لعلمنا أن الحمل كان موجوداً وقت الوصيه ، وان وضعته لاكثر من أربع سنين من حين الوصية فالوصية باطلة لحدوثه بعدها وأنه لم يكن موجوداً وقت التكلم بها : وان وضعته لاكثر من ستة أشهر وقت الوصيه ولاقل من أربع سنين ، فان كانت ذات زوج يمكن أن يطأ فيحدث ذلك منه فالوصيه باطله لامكان حدوثه فلم يستحق بالشك وان كانت غير ذات زوج يطأ فالوصيه جائزة لان الظاهر تقدمه ، والحمل يجرى عليه حكم الظاهر فى اللحوق فكذلك فى الوصيه فاذا صحت الوصيه له فان وضعت ذكراً أو انثى فالوصية له وان وضعت ذكرا وأنثى كانت الوصيه بينهما نصفين لانها هبه لاميراث الا اذا فضل الموصى الذكر على الانثى أو العكس فيحمل على تفضيله ، فلو قال اذا ولدت غلاماً فله ألف ، وان ولدت جاريه فلها مائه فولدت غلاماً استحق ألفاً أو جاريه استحقت مائه ، وان ولدت غلاما وجاريه استحق الغلام ألفا والجاريه مائه ،

وإن ولدت خنثى دفع اليه مائة لأنها يقين ووقف تمام الألف حتى يتبين . وهكذا لو قال : إن كان فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان فى بطنك جارية فلها مائة ، فإن ولدت غلامين أو جاريتين صحت الوصية . وفيها ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج

(أحدها) أن للورثه أن يدفعوا الألف إلى أى الغلامين شاءوا والمائة الى أى الجاريتين شاءوا لأنها لأحدهما فلم تدفع اليهما ، ورجع فيها الى بيان الوارث كالوصية بأحد عبديه

(والوجه الثانى) أنه يشترك الغلامان فى الالف والجاريتان فى المائة ، لأنها وصية لغلام وجاريه ؛ وليس أحد الغلامين أولى من الاخر ، فشرك بينهما ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث بخلاف الوصية بأحد العبدين اللذين يملكهما الوارث لجاز أن يرجع إلى خياره فيهما .

(والوجه الثالث) أن الالف موقوفه بين الغلامين ، والمائة موقوفة بين الجاريتين حتى يصطلحا عليهما بعد البلوغ ، لأن الوصيه لواحد فلم يشرك فيها بين اثنين ، وليس للوارث فيها خيار فلزم فيها الوقف

فلو قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان الذى فى بطنك جاريه فلها مائه ، فولدت غلاماً وجاريه فلا شيء لواحد منهما ، بخلاف قوله ان كان فى بطنك غلام فله الالف ، لأنه إذا قال ان كان الذى فى بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاما شرطا فى الحمل والوصيه معاً ، فاذا كان الحمل غلاما وجاريه لم يوجد الشرط كاملا فلم تصح الوصيه .

وإذا قال إن كان فى بطنك غلام فلم يجعل ذلك شرطا فى الحمل ، وإنما جعله شرطا فى الوصيه فصحت الوصيه . وهكذا لو قال : ان كان ما فى بطنك غلاما ، فهو كقوله : إن كان الذى فى بطنك جاريه ، فإذا وضعت غلاما وجاريه فلا وصيه . وكذلك لو قال : إن كان الذى فى بطنك غلاما فله ألف فولدت غلامين ففى الوصيه وجهان .

(أحدهما) باطل كما لو ولدت غلاما وجاريه لأنه لم يكن كل حملها غلاما . والوجه الثانى أنها جائزة لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا فى الصفه ولم تضر الزيادة ، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثه التى حكاها ابن سريج من قبل أنها

ترجع إلى بيان الورثة فى دفع الألف إلى أحدهما ، والثانى يشتركان جميعا فيها .
والثالث توقف الألف بينهما حتى يصطلحا عليها .

(مسئلة) لو قال قد أوصيت لحمل هذه المرأة من زوجها فجاءت بولد نفاه زوجها باللعان ، ففى الوصية وجهان (أحدهما) وهو قول ابن سريج ان الوصية باطلة لأن لعانه قد نفى أن يكون منه (والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى ان الوصية له جائزة ، لأن لعان الزوج إنما اختص بنفى النسب دون غيره من أحكام الأولاد . ألا ترى أنها تعتد به . ولو قذفها به قاذف حدت له . ولو عاد واعترف به لحق به . ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثا ولأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ولأقل من ستة أشهر من حين الوصيه فلا وصيه لعلمنا أنه ليس منه . وبخلاف الملاعن الذى يجوز أن يكون الولد منه .

(مسئلة أخرى) إذا وضعت الموصى بحملها ولداً ميتا فلا وصية كما لا ميراث له ، ولو وضعته حيا فمات صحت الوصية وكان لوارث الحمل كالميراث . ولو ضرب ضارب بطنها فألقت جنينا ميتا كان فيه على الضارب قود ، ولا وصية له كما لا ميراث له . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخيار الى الوارث فى القليل والكثير ، لأن هذه الألفاظ تستعمل فى القليل والكثير .

(فصل) فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلهم نصيبا لأنه نصيب أحدهم ، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال ، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل ، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه الا اليقين ، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه ، فإن كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث ، وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية ، لأن نصيب الابن للإبن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال إبنه من غير الميراث .

ومن أصحابنا من قال : يصح ويجعل المال بينهما ، كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه ، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطلة ، لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، فأشبه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن؟

(الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه : ولو قال لفلان نصيب أو حظ أو قليل أو كثير من مالى ، فما أعرف لكثير حداً

الأحكام : إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله أو حظ أو قليل أو كثير ولم يحد ذلك بشيء فالوصية جائزة ويرجع فى بيانها إلى الورثة ؛ فما بينوه من شيء كان قولهم فيه مقبولا ، فإن ادعى الموصى له أكثر لأن هذه الاسماء كلها لا تختص فى اللغة ولا فى الشرع ولا فى العرف بمقدار معلوم لاستعمالها فى القليل والكثير ولأن القليل والكثير حد ، لأن الشيء قد يكون قليلا إذا أضيف الى ما هو أكثر منه ، ويكون كثيراً إذا أضيف الى ما هو أقل منه

وحكى عن عطاء وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب باطلة للجهل بها . وهذا فاسد لأن الجهل بالوصايا لا يمنع من جوازها ، ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله وهو لا يعلم قدره جازت الوصية مع الجهل بها ، وقد أوصى أنس بن مالك لثابت البنانى بمثل نصيب أحد ولده

أما إذا أوصى له بسهم من ماله فقد اختلف الناس فيه ، فحكى عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه والحسن البصرى وإياس بن معاويه وسفيان الثورى وأحمد بن حنبل أن له سدس المال . وقال شريح يدفع له بينهم واحد من سهام الفريضتين . وقال أبو حنيفة يدفع اليه مثل نصيب أقل الورثه نصيبا ما لم يجاوز الثلث ، فان جاوزه أعطى الثلث . وقال أبو ثور أعطيه سهماً من أربعة وعشرين سهماً . وقال أبو يوسف ومحمد يعطى مثل نصيب أقلهم نصيبا ما لم يجاوز الثلث فإن جاوزه أعطى الثلث

وقال الشافعى السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطلاقه على القليل والكثير كالحظ والنصيب فيرجع فيه الى بيان الوارث ، فان قيل روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض لرجل أوصى له سهما سدساً . قيل هى قضية

فى عين يحتمل أن تكون البينة قائمة ، فأمر بالسدس أو اعترف به الورثه ، فاذا ثبت أنه يرجع فيه الى بيان الورثه قبل منهم مابينوه من قليل وكثير ، فان نوزعوا أحلفوا ، فلو لم يبينوا لم تخل حالهم من أن يكون عندهم بيان أو لا يكون ، فان لم يكن عندهم بيان رجع الى بيان الموصى له ، فان نوزع أحلف ، وان لم يكن عند الموصى له بيان فأبوا أن يبينوا ففيه وجهان من اختلاف قولين فيمن أقر بمجمل وامتنع أن يبين أحدهما يحبس الوارث حتى يبين ، والثانى يرجع الى بيان الموصى له

(فرع) اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه قال الشافعى رضى الله عنه « أعطيته مثل أقلهم نصيبا »

(قلت) لأن الوصايا لا يستحق فيها الا اليقين والاقل ، فلا تعين الزيادة على شك ، فان كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها ، وان كان سهم غيرها من البنات أو بنات الإبن أقل أعطيته مثله ، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثه من أصل فريضتهم ، فتجعل للموصى له مثل سهام أقلهم . وتضمه الى أهل الفريضة ، ثم يقسم المال بين الموصى له والورثه على ما اجتمع معك من العددين وقد بيناه .

ولو وصى اليه بمثل أكثرهم نصيبا اعتبرته وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من العددين على ما وصفناه ، فعلى هذا لو اختلف الورثه فقال بعضهم أراد مثل أقلنا نصيبا ، وقال بعضهم بل أراد مثل أكثرنا نصيبا أعطيته من نصيب كل واحد من الفريقين حصة مما اعترف بها

ومثاله أن يكون الورثه ابنين وبنتين فيكون لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم وللموصى له بمثل نصيب الذكر ، ولو أراد أنثى لكان المال مقسوما على سبعة اسهم فريضه ابنين وثلاثه بنات

ولو ترك ابنا وبنتا وأوصى لرجل بمثل نصيب الإبن ولآخر بمثل نصيب البنت فذلك ضربان (أحدهما) أن يريد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصيه عليها . فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الإبن خمس المال وللموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال . فيصير بالوصيتين بخمس المال وربعه فيوقف على اجازتهما .

والضرب الثانى : أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال ، والموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فتصير الوصيتان بخمس المال وسدسه فتوقف على اجازتهما

ولو ابتدأ فوصى لرجل بمثل نصيب البنت ولآخر بمثل نصيب الابن كان الموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال ، فأما الموصى له بمثل نصيب الابن ، فان أراد قبل دخول الوصية عليه كان له ثلث المال ثم على هذا القياس .

ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف أصحابنا فى قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين .

(أحدهما) له الربع نصف حصة البنت ، لأنه لما استحق مع البنت الواحدة الربع لأنه نصف نصيبها .

(والوجه الثانى) وهو أصح ، له الثلث لانه يصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية كما يصير مع الابن الواحد كابن ثان ، وللواحدة من البنتين الثلث فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحدة الثلث ، وهكذا لو وصى بمثل نصيب أخت مع عم كان فيما يستحقه بالوصيه وجهان . أحدهما : الربع ، والثانى الثلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والاخت غيرهما ، لان الكل واحدة منهما اذا انفردت النصف ، والباقى لبيت المال ، فعلى هذا لو وصى بمثل نصيب أخ لام فله فى أحد الوجهين نصف السدس ، وفى الاخر السدس .

وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليها نصيب الموصى له وجعله مثلا له ، وهذا يقتضى أن لا يزاد عليه ، فان كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم اذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد ورثته فان تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على الفريضة ، فان أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة ، وبهذا قال الجمهور ، وبه قال أبو حنيفه والشافعى وأحمد .

وقال مالك وابن أبى ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم اذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ، ويقسم الباقى بين الورثه

لأن نصيب الوارث قبل الوصيه من أصل المال ، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد فالوصيه بجميع المال ، وان كان له ابنان فالوصيه بالنصف ، وان كانوا ثلاثه فالوصيه بالثلث .

وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم ، وقد أوضحنا أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة ، وهذا يدل على فساد ما خالفه ، لأن قاعدة الجمهور تقتضى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضى التسوية ، وإنما جعل مثل أقلهم نصيباً لأنه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيه فلا يثبت مع الشك .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له غيره فله النصف ، فإن لم يجز الإبن فله الثلث .

قلت وهذا قول أبى حنيفة وصاحبه : فإن أجازها الابن وإلا ردت على الثلث وقال مالك وزفر بن الهذيل وداود بن على : هى وصية بجميع المال ، استدلالا بأن نصيب ابنه إذا لم يكن له غيره الجميع فاقتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال ، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعا وجب إذا وصى له بمثل نصيب ابنه ان تكون وصيته بجميع المال حجاجا ، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع فلم يجز أن يكون الفرع رافعاً لحكم الاصل .

والثانى : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للإبن نصيب ، وإذا لم يكن للابن نصيب بطلت الوصية التى هى مثله .

والثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه ، فإذا وجب ذلك كانا نصفين ، وفى إعطائه الجميع إبطال للتسوية بينهما كما قررنا ، وأما قولهم : إن نصيب الابن كل المال ، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية ، فأما مع الوصية فلا يستحق الجميع .

وأما قوله : وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابنى فالفرق بينهما أنه لم يجعل له مع الوصية نصيبا ولذلك كانت بكل المال .

فعلى هذا لو قال : وصيت لك بنصيب ابنى فالذى عليه الجمهور من أصحابنا أن الوصية باطلة ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد لانها وصية بما لا يملك ، لان نصيب الابن ملكه لا ملك أبيه . وقال بعض أصحابنا الوصية جائزة ، وهو قول مالك ويجريها مجرى قوله : بمثل نصيب ابنه فيجعلها وصيه بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له كانت الوصية باطلة ، وكذلك لو كان له ابن كافر أو قاتل لانه لا نصيب له .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : بمثل نصيب أحد ولدى فله مع الابنين الثلث ومع الثلاثة الربع حتى يكون كأحدهم .

قلت : وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . وقال مالك : يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث ومع الأربعة الربع ، وقد ذكرنا وجه فساده لما فيه من تفضيل الموصى له على ابنه .

(قلت) ولو قال : بمثل نصيب ابنى وله ولدان فالوصية باطلة ، لانه يوصى بنصيب ابنه الذى هو ملك للإبن فلا يملك الاب الوصية به كما لو أوصى بما يملكه ولده من كسبه لا من ميراثه ، ومن أصحابنا من صحح الوصية وجعلها كقوله : بمثل نصيب أحد ابنىَّ ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلا نصيب أحدهم لان الضعف عبارة عن الشىء ومثله . ولهذا يروى أن عمر رضى الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب ، أى أخذ مثلى ما يؤخذ من المسلمين فان وصى له بضعفى نصيب أحدهم أعطى ثلاثة أمثال نصيب أحدهم . وقال أبو ثور يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط ، لان الضعف عبارة عن الشىء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشىء ومثليه .

(فصل) فإن وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه وأجاز الورثة قسم

المال بينهما على خمسة . الموصى له بالثلث سهمان ، والموصى له بالنصف ثلاثة أسهم فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسه على ماذكرناه لأنه قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث ، والمال بين الغرماء فإن أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه وأجاز الورثة . قسم المال بينهما على أربعة ، للموصى له بالجميع ثلاثة أسهم ، والموصى له بالثلث سهم ، لأن السهام في الوصايا كالسهام في المواريث ، ثم السهام في المواريث إذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة بالسهم الزائد ، فكذلك في الوصية ، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : ضعف ما يصيب أكثر ولدي نصيبا أعطيته مثله مرتين ، ولو قال : ضعفين ، فان كان نصيبه مائة أعطيته ثلاثمائة ، فأكون قد أضعفت المائة التي تصيبه بميراثه مرة فذلك ضعفان ، وهكذا إن قال ثلاثة أضعاف وأربعة ، ولم أزد على أن أنظر أصل الميراث فأضعفه له مرة بعد مرة حتى يستكمل ما أوصى له به اهـ

اللغات : إذا أوصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده كان الضعف مثلي النصيب ، فان كان نصيب الإبن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين ، وبه قال جمهور الفقهاء . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام الضعف المثل ، واستدل بقوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) اى مثلين ، وقوله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل .

ولنا ان الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (إذن لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ويروى عن عمر انه اضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة : وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق ؟ فقال عثمان لو اضعفت عليها لاحتملت ، قال الأزهري الضعف المثل فما فوقه .

قال الماوردي في حاويه : والدليل على ان الضعف مثلان هو ان اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ماخصه دليل . ولأن الضعف اعم في اللغة

من المثل فلم يجز أن يسوى بينه وبين المثل ، ولأن انشقاق الضعف من المضاعفة والتثنية من قولهم : أضعفت الثوب إذا طويته بطاقين

فأما الآية ففيها جوابان (أحدهما) ما حكاه أبو العباس عن الأثرم عن بعض المفسرين أنه جعل عذابهن إذا أتين بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دليل (والثانى) أن الضعف قد يستعمل فى موضع المثل مجازاً إذا صرفه الدليل عن حقيقته ، وليست الأحكام تتعلق بالمجاز ، وانما تتعلق بالحقائق

فأما بيان الأحكام فإنه اذا أوصى له بضعفى نصيب ابنه فقد اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك أن له مثلى نصيبه لأنه جعل الضعف مثلا لجعل الضعفين مثلين

والمذهب الثانى — وهو مذهب أبى ثور أن له أربعة أمثال نصيبه ، لأنه لما استحق بالضعف مثلين استحق بالضعفين أربعة أمثال

والمذهب الثالث — وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه وجمهور الفقهاء — أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه ، فإن كان الابن نصيبه مائة استحق بالضعفين ثلاثمائة ، لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثلين . وجب أن يأخذ بالضعفين لسهم الابن ومثليه يستحق به ثلاثة أمثاله . فعلى هذا لو أوصى له بثلاثة أضعاف نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله ، وبأربعة أضعاف خمسة أمثاله وكذلك فيما زاد

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بربعه فقد عالت وصاياه على كل ماله ، فلا يخلو حال ورثته من ثلاثة أحوال : إما أن يجيزوا جميعاً أو يردوا جميعا ، أو يجيزوا بعضها ويردوا بعضها ، فان أجازوا جميعها قسم المال بينهم على قدر وصاياهم وأصلها من إثنى عشر لاجتماع الثلث والربع ويعول بسهم ، وتصح من ثلاثة عشر ، لصاحب النصف ستة أسهم ، ولصاحب الثلث أربعة أسهم ، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم ، وكان النقص بسهم العول داخلا على جميعهم كالمواريث . وهذا متفق عليه ولم يخالف فيه أبو حنيفة ولا غيره

﴿ فصل ﴾ فإن قال أعطوه رأساً من رقيقى ولا رقيق له ، أو قال أعطوه عبدى الحبشى وله عبد سندى أو عبدى الحبشى وسماه باسمه ووصفه بصفة من بياض أو سواد وعنده حبشى يسمى بذلك الاسم ويخالف له فى الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بمالا يملكه ، فإن كان له رقيق أعطى منه واحداً ، سليما كان أو معيبا لأنه لا عرف فى هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم ، فإن مات ما له من الرقيق بطلت الوصية لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط ، فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصى بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له ، فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له .

(فصل) فإن وصى بعتق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ . ومن أصحابنا من قال : لا يجزى إلا ما يجزى فى الكفارة لأن العتق فى الشرع له عرف وهو ما يجزى فى الكفارة فحملت الوصية عليه ، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة لأن الوصية تعلقت بجميعها ، فاذا تعذر الجميع بقى فى قدر الثلث ، فان وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة ، فان عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن ، فان اتسع الثلث لرقبتين وتفضل شىء ، فان لم يمكن أن يشترى بالفضل بعض الثالثة زيد فى ثمن الرقبتين ، وإن أمكن أن يشترى به بعض الثالثة ففيه وجهان .

(أحدهما) يزاد فى ثمن الرقبتين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الرقاب فقال « أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها »

(والثانى) أنه يشترى به بعض الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم « من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولأن ذلك أقرب الى العدد الموصى به .

(فصل) فان قال أعتقوا عبدا من عبيدى وله خنثى حكم له بأنه رجل ، ففيه وجهان . أحدهما أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد . والثانى لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف اليه ، فإن قال أعتقوا أحد رقيقى وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل . وروى المزنى أنه يجوز

فن أصحابنا من قال : يجوز كما نقله المزنى ، لأنه من الرقيق ، ومنهم من قال لا يجوز كما نقله الربيع لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف الى الخنثى المشكل .

(فصل) فان قال أعطوه شاة جاز أن يدفع اليه الصغير والكبير والضأن والمعز ، لأن اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع اليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والانثى ، لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والانثى كالانسان ، يقع على الرجل والمرأة

فان قال أعطوه شاة من غنمى والغنم إناث لم يدفع اليه ذكر ، فان كانت ذكوراً لم يدفع اليه أنثى لأنه أضاف إلى المال وليس فى المال غيره ، فان كانت غنمه ذكوراً وإناثاً فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يضف إلى المال . فان قال أعطوه ثورا لم يعط بقرة ، فان قال أعطوه جملا لم يعط ناقة ، فان قال أعطوه بعيراً فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة . ومن أصحابنا من قال يعطى لأن البعير كالانسان يقع على الذكر والانثى ، فان قال أعطوه رأساً من الابل أو رأسا من البقر أو رأسا من الغنم جاز الذكر والانثى ، لأن ذلك اسم للجنس

(فصل) فان قال أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرسا أو بغلا أو حماراً واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : هذا قاله على عادة أهل مصر ، فان الدواب فى عرفهم الاجناس الثلاثة ، فان كان الموصى بمصر أعطى واحداً من الثلاثة . وان كان فى غيرها لم يعط إلا الفرس ، لأنه لا تطلق الدابة فى سائر البلاد إلا على الفرس .

وقال أبو إسحاق وأبو على بن أبى هريرة : يعطى واحداً من الثلاثة فى جميع البلاد ، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع ، فان قال : أعطوه دابة من دوابى ، وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه ، لأنه أضاف الى ماله وليس له غيره فان قال أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو لم يعط إلا فرسا . فان قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلا أو حماراً ، فان قال لينتفع بنسله لم يعط إلا فرسا أو حمارا لأن القرينة دلت على ما ذكرناه .

(الشرح) حديث « سئل عن أفضل الرقاب » رواه أحمد والبخارى ومسلم

من حديث أبي ذر رضي الله عنه ، وحديث « من أعتق رقبة » رواه ثلاثتهم أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه .

أما قوله : فإن قال « أعطوه شاة من غنمي الخ » فهو كما قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى بشاة من ماله ، كان قيل للورثة أعطوه أو اشتروها له ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضأنا أو معزا . اه

قلت : ومعنى هذا أن الوصية جائزة ترك غنما أو لم يترك ، لأنه جعلها في ماله ويعطيه الورثة ما شاءوا ، ضأنا أو معزا كبيرا أو صغيرا سمينا أو هزيلا . وفي استحقاق الأنثى وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من نص الشافعي أنه لا يعطى إلا أنثى لأن الهاء موضوعة للتأنيث (والوجه الثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن للورثة الخيار في إعطائه ذكرا أو أنثى ، لأن الهاء من أصل الكلمة في اسم الجنس فاستوى فيه الذكر والأنثى ، ولكن لو قال شاة من غنمي وكانت غنمه كلها إناثا لم يعطى إلا أنثى . وكذلك لو كانت كلها ذكورا لم يعط الا ذكرا منها . وهكذا لو دل كلامه على المراد منها حمل عليه . مثل قوله شاة ينتفع بدرها ونسلها لم يعط إلا كبيرة أنثى لتكون ذات در ونسل ، وسواء كانت ضأنية أو معزية . فان قال شاة ينتفع بصوفها لم يعط إلا من الضأن . ولو قال ينتفع بشعرها لم يعط إلا من المعز ، ولا يجوز إذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالا ولا ظبيا وان انطلق عليه اسم الشاة مجازا .

ولكن لو قال شاة من شياهي ولم يكن في ماله إلا ظبي ففيه وجهان

(أحدهما) أن الوصية باطلة ، لأن اسم الشاة يتناول الغنم ، وليس بتركته فبطلت (والوجه الثاني) أنها تصح لأنه لما اضاف ذلك إلى شائه وليس في ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم دون الحقيقة حمل عليه ، وانصرفت وصيته الى الظبي الموجود في تركته حتى لا تبطل وصيته

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : بعيرا أو ثورا لم يكن لهم أن يعطوه ناقة ولا بقرة ولو قال : عشر أينق وعشر بقرات لم يكن لهم أن يعطوه ذكرا . ولو قال عشرة أجمال أو أثوار لم يكن لهم أن يعطوه أنثى ، ولو قال : عشرة من إبلي أعطوه ما شاءوا

قلت : وبهذا نعلم أنه إذا أوصى بثور لم يعط إلا ذكرا . ولو قال بقرة لم يعط الا أنثى وكان بعض أصحابنا يخرج فى البقرة وجها آخر أنه يجوز أن يعطى ذكرا أو أنثى كالشاة لأن الهاء من أصل اسم الجنس

ولا يجوز أن يعدل فى الوصية بالثور والبقرة الى الجواميس بخلاف الشاه التى ينطلق عليها اسم الضأن والمعز إلا ان يكون فى كلامه ما يدل عليه . أو يقول بقرة من بقرى وليس له إلا الجواميس فتنصرف الى الجواميس ، وان كان اسم البقر يتناولها مجازا . لأن إضافة الوصية الى التركة قد صرف الاسم عن حقيقته الى مجازه . ولا يجوز ان يعدل به الى بقر الوحش ، فان اضاف الوصية الى بقره ولم يكن له الا بقر الوحش فعلى ما ذكرنا من الوجهين

فأما اذا أوصى ببعير فمذهب الشافعى انه لا يعطى إلا ذكرا ، لأن الاسم بالذكور أخص . وقال بعض اصحابنا هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من ذكر او انثى .

فأما اذا اوصى له بجمل لم يعط الا ذكرا لاختصاص هذا الاسم بالذكور . ولو اوصى بعشر من إبله اعطاه ما شاء الوارث من ذكور واناث ، وسواء اثبت الهاء فى العدد او اسقطها .

ومن اصحابنا من قال : اذا أثبت الهاء فى العدد فقال عشرة من ابلى لم يعط الا من الذكور لأن عددها باثبات الهاء كما هو معروف فى قواعد النحو فى العدد وان أسقط الهاء فى العدد فقال : عشر من ابلى لم يعط الا من الاناث ؛ لأن عددها باسقاط الهاء لقوله تعالى « سبع ليال وثمانية ايام حسوما » وقوله « سبع سموات طباقا » وقوله « سبع بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف » وكما نقول عشر نسوة وعشرة رجال . وهذا لا وجه له لأن اسم الابل اذا كان يتناول الذكور والاناث تناولا واحدا صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع

واما اذا قال اعطوه مطية او راحلة فذلك يتناول الذكور والاناث فيعطيه ما شاء الوارث منها .

فأما إذا قال أعطوه دابة فقال الشـــافعي رضي الله عنه : أعطي من الخيل والبغال والحمير ذكراً أو أنثى صحيحاً صغيراً أو كبيراً ، أعجف أو سميناً .

(قلت) لأن اسم الدواب يطلق على كل مادب على الأرض اشتقاقا من دبيبه غير أنه في العرف مختص ببعضها ، فان قال : اعطوه دابة من دوابي فقد اختلف أصحابنا في قول الشافعي : أعطي من الخيل والبغال والحمير الخ ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف النـاس بمصر حيث قال ذلك فيهم ؛ وذكره لهم اعتباراً بعرفهم . أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازاً يعرف بقرينة ، فإن كان الموصى بمصر خير ورثته بين الأصناف الثلاثة ، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد ، بأن اسم الدواب ينطلق على هـذه الأجناس الثلاثة ، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالإسم لم يعتبر به حكم العرف العام ، فلو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قرينته ، كقوله : اعطوه دابة يقاتل عليها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقاً أو هجيناً ذكراً أو أنثى ولا يعطى صغيراً ولا مما لا يطيق الركوب ، ولو قال : دابة يحمل عليها أعطي من البغال والحمـير دون الخيل ، ولو قال ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } فإن وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة ، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشترى ، فبطلت الوصية ، فإن قال : أعطوه كلبا من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية ، لأن مالا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فان كان ينتفع بها أعطي واحـدا منها إلا أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع فيدفع اليه مادلت عليه القرينة ، فان كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الورثة ردت إلى الثلث وفي كيفية الرد وجهان .

(أحدهما) يدفع اليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان (والثاني) يدفع اليه

أحدهما وتخالف سائر الأعيان لان الاعيان تقوم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها وفيما يأخذ وجهان ،

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه يأخذ واحدا منها بالقرعة .

(والثاني) يعطيه الوارث ماشاء منها فان كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه ، فإن كان له مال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه يدفع الجميع إلى الموصى له لان أقل المال خير من الكلب فأمضيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه يدفع اليه ثلث الكلب لانه لا يجوز ان يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثه مثلاه ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال لانه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

(فصل) وان وصى له بطبل من طبوله وليس له الا طبول الحرب اعطى واحدا منها وان لم يكن له إلا طبول اللهو نظرت ، فان لم يصلح وهو طبل لغير اللهو ، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل فالوصية باطلة لانه وصية بمحرم وإن كان يصلح لمنفعة مباحه مع بقاء الاسم جازت الوصيه لانه يمكن الانتفاع به في مباح ، وإن كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو اعطى طبل الحرب لأن طبل اللهو لا تصح الوصيه به فيصير كالمعدوم ، وإن كان يصلح لمنفعه مباحه اعطاه الوارث ماشاء منهما .

(فصل) فان وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البناء كانت الوصيه بعود اللهو ، لأن اطلاق الاسم ينصرف اليه ، فان كان عود اللهو يصلح لمنفعه مباحه دفع اليه ولا يدفع معه الوتر والمضراب لان اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب ، وان كان لا يصلح لغير اللهو فالوصيه باطله لانه وصيه بمحرم ،

ومن اصحابنا من قال : يعطى من عود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله ، وعنده طبل حرب وطبل لهو انه تجعل الوصيه في طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم . والمذهب انه لا يعطى شيئا

لأن العود لا يطلق إلا على عود اللهو . والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب فإذا بطل فى طبل اللهو حمل على طبل الحرب ، فان قال أعطوه عودا من عيدانى وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطى منها لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه .

(فصل) فان وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذى يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق ، لأن اطلاق الإسم ينصرف إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر .

ومن أصحابنا من قال : يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر ، والصحيح أنه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر ، فان قال : أعطوه قوسا من قسي وليس عنده الا قوس الندف أو قوس البندق أعطى مما عنده لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه ، وان كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لأن الاسم اليه أسبق .

(فصل) فان وصى بعتق مكاتبه أو بالابراء مما عليه اعتبر من الثلث أقل الامرين من قيمته أو مال الكتابة لان الإبراء عتق ، والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغى الاخر فان احتملهما الثلث عتق وبرىء من المال ، وان لم يحتمل شيئا منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فان أدى عتق وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة ، فان احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الامرين عتق نصفه وبقى نصفه على الكتابة فان أدى عتق وان عجز رق ، وان احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الاقل فعتق به فان لم يكن له مال غير العبد نظر ، فان كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه فى الحال وبقى الباقى على الكتابة ان أدى عتق وان عجز رق ، وان لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يتعجل عتق شىء منه لانه يحصل للموصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثلاه وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب فانه لا تمضى الوصية فى شىء حتى يحصل للورثة مثلاه .

(والثانى) وهو ظاهر المذهب أنه يتعجل عتق ثلثه ويقف الثلثان على العتق بالاداء أو الرق بالعجز لأن الورثة على يقين من الثلثين اما بالأداء واما بالعجز بخلاف مالو كان له مال حاضر ومال غائب لانه ليس على يقين من سلامة الغائب

﴿ فصـــل ﴾ فان قال : ضعوا عن مكاتبي أكثر ما عليه وضع عنه النصف وشيء لأنه هو الأكثر ، فان قال : ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع فقد روى الربيع رحمـه الله أنه يوضع عنه الجميع الا شيئا ، وروى المزنى أنه اذا قال ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها وضع الجميع الا شيئا ، فمن أصحابنا من قال الصحيح ما رواه الربيع ، لأن قوله من كتابته يقتضى التبعيض وما رواه المزنى خطأ فى النقل والذى يقتضيه أن يوضع عنه الكل اذا شاء لان قوله ما شاء عام فى الكل والبعض ، وقال أبو اسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه وما نقله المزنى أيضا صحيح فانه يقتضى أن يبقى من الكل شيء ، لانه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابه فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل .

فإن قال : ضعوا عنه ماقل وما كثر وضع الوارث عنه ماشاء من قليل وكثير لانه ما من قدر الا وهو قليل بالإضافه الى ماهو أكثر وكثير بالاضافة الى ماهو أقل منه ، فإن قال : ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالا لأن اطلاق الاكثر ينصرف الى كثرة المال دون طول المدة .

فإن قال ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع فى نجومه أوسط فى القدر واوسط فى المدة وأوسط فى العدد كان للوارث أن يضع أى الثلاثة شاء لان الوسط يقع على الثلاثة فإن استوى الجميع فى المدة والقدر وضع عنه الاوسط فى العدد ، فان كانت النجوم ثلاثه وضع عنه الثانى ، فان كانت أربعه وضع عنه الثانى والثالث ، فان كانت خمسه وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس .

﴿ فصل ﴾ وان كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى لرجل بما فى ذمته لم تصح الوصيه لانه لا شيء له فى ذمته فصار كما لو وصى بماله فى ذمة حر ولا شيء له فى ذمته ، وان وصى له بما يقبضه منه صحت الوصيه لانه أضاف الى حال يملكه فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب إذا عجزه وفى هذا عندى نظر لانه لا يملكه

بالقبض وانما يعتق بحكم الصفة كما يعتق بقبض الخمر اذا كاتبه عليه ثم لا يملكه ، وان وصى برقبته والكتابة فاسدة نظرت فان لم يعلم بفساد الكتابه ففيه قولان ،

(أحدهما) أن الوصية جائزة لأنها صادفت ملكه .

(والثانى) أنها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصيه وان وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولا واحداً كما لو باع من رجل شيئا بيعا فاسدا ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الجميع ويخالف البيع فان فاسده لا يجرى مجرى الصحيح فى الملك وفى الكتابه الفاسدة كالصحيح فى العتق والصحيح هو الطريقه الأولى .

(فصل) وان وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن الحج من الميقات . وما قبله تسبب اليه فان وصى به من الثلث ، ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه يحج عنه من بلده ؛ فان عجز الثلث عنه تمم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده .

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصيه عليه ، وان أوصى أن يجعل جميع الثلث فى حج الفرض حج عنه من بلده ، وان عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه ، وان عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من الميقات لان الحج من الميقات مستحق من رأس المال وانما جعله من الثلث توفيرا على الورثه فاذا لم يف الثلث بالجميع بقى فيما لم يف من رأس المال .

(فصل) وان أوصى بحج التطوع ، وقلنا انه تدخله النيابه نظرت ، فان قال أحجوا بمائه من ثلثى حج عنه من حيث أمكن ، وان لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصيه وعاد المال الى الورثه لانها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فرده ، وان قال : أحجوا عنى بثلثى صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج فان اتسع المال لحجة أو حجتين وفضل ما لا يكفى لحجة أخرى من بلده حج من حيث أمكن من دون بلده الى الميقات ، فان عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل الى الورثه ، وان أمكن أن يعتمر به لم يفعل لان الموصى له هو الحج

دون العمرة ، فإن قال أحجوا عنى حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات ، فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه .

﴿ فصـــل ﴾

وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر وأوصى بالثلث لثالث فقد وصى بثلثى ماله ، فان كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقى لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شيء ، فان أجاز الورثة دفع الى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائه وإلى الموصى له بالمائه مائه وان لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين لأنهما اتفقا فى قدر مايستحقان وهو المائه ، فان كان الثلث أكثر من مائه وأجاز الورثة دفع الثلث الى الموصى له بالثلث ودفع مائه إلى الموصى له بالمائة ودفع ما بقى إلى الموصى له بالباقى ، وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى نصفها وهو الثلث ، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث ، وفى النصف الآخر وجهان :

(أحدهما) يقدم فيه الموصى له بالمائه ولا يدفع الى الموصى له بالباقى شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائه حقه لأنه وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة فى إحراز الثلث إلا أن حقه فيما يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئا قبل أن يستوفى الموصى له بالمائه حقه كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والام على الجد فى إحراز ثلثى المال ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الاب والام ، فان كان النصف مائه أو أقل أخذه الموصى له بالمائه ، وان كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائه وأخذ الموصى له بالباقى ما يبقى .

(والوجه الثانى) أن الموصى له بالمائه والموصى له بالباقى يقتسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث ، فان كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين لكل واحد منهما خمسون ، وإن كان مائه وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثا ، للموصى له بالمائه خمسون ، وللموصى له بالباقى خمسة وعشرون ، وعلى هـذا القياس ، لأنه إنما أوصى له بالمائه من كل الثلث لا من بعضه فلم يجز أن يأخذ

من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه ، كأصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية .

(فصل) وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أن الوصية بالباقى بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان ، وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث ، فإن كان الثلث مائه استوت وصيتهما فيقتسمان الثلث بينهما نصفين ، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث بينهما على ستة أسهم للموصى له بالثلث خمسة أسهم وللموصى له بالمائة سهم ، فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهما للموصى له بالثلث عشرة أسهم وللموصى له بالمائة سهم .

والوجه الثانى : وهو قول أبي على بن أبي هريرة إن الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى المسألة قبلها لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث لأن الوصيه الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثا ثانيا ؛ فإذا أوصى بعد المائه بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثانى ، فصار موصيا بثلثى ماله كالمسألة قبلها .

(فصل) وان وصى لرجل بعبد ولآخر بما بقى من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى ، فان خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فان بقى من الثلث شيء دفع الى الآخر وان لم يبق شيء بطلت الوصيه بالباقى لأن وصيته فيما بقى ، وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصى قوّم سليما ودفع الى الموصى له الباقى لأنه وصى له بالباقى من قيمته وهو سليم . وإن مات العبد بعد موت الموصى بطلت الوصيه فيه وقوّم وقت الموت مع التركة ودفع الى الموصى له الباقى من الثلث لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الاخرى ؛ كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما .

(فصل) فان وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه ، فان كان

جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبه من غير منفعه ولا الموصى له وطؤها لأنه تملك المنفعه من غير الرقبه والوطء لا يجوز إلا فى ملك تام ويجوز تزويجها لاكتساب المهر

وفيمن يملك العقد ثلاثه أوجه (أحدها) يملكه الموصى له بالمنفعه لأن المهر له (والثانى) يملكه المالك لأنه يملك رقبتها (والثالث) لا يصح العقد إلا باتفاقهما لأن لكل واحد منهما حقاً فلا ينفرد به أحدهما دون الاخر ، فان أتت بولد مملوك ففيه وجهان (أحدهما) أنه للموصى له لأنه من جملة فوائدها فصار كالكسب (والثانى) أنه كالام رقبته للمالك ومنفعته للموصى له لأنه جزء من الام فكان حكمه حكم الأم ، فان قتل ففى قيمته وجهان (أحدهما) أنها للمالك لأنها بدله فكانت له (والثانى وهو الصحيح أنه يشترى به مثله للمالك رقبته وللموصى له منفعته لانه قائم مقام الاصل فكان حكمه حكم الاصل ، فان جنى على طرفه ففى أرشه وجهان (أحدهما) أنه للمالك لانه بدل ملكه (والثانى) وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبه للمالك وما قابل منه مانقص من المنفعه للموصى له لانه دخل النقص عليهما فقسط الارش عليهما ، فان احتاج العبد الى نفقة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن النفقه على الموصى له بالمنفعه لان الكسب له .

(والثانى) أنها على المالك ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة لان النفقه على الرقبه فكانت على مالكها

(والثالث) أنها فى كسبه فان لم يف الكسب ففى بيت المال لانه لا يمكن ايجابها على المالك لانه لا يملك الانتفاع ولا على الموصى له لانه لا يملك الرقبه فلم يبق الا ماقلناه ، فان احتاج البستان الموصى بثمرته الى سقى أو الدار الموصى بمنفعتها الى عمارة لم يجب على واحد منهما ، لانه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الانفاق فاذا اشتركا لم يجب

(فصل) فان أراد المالك بيع الرقبه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز لانه يملكها ملكا تاما (والثانى) أنه لا يجوز لانها عين مسلوبة المنفعه فلم يجز

بيعها كالاعيان التى لامنفعه فيها (والثالث) يجوز بيعها من الموصى له لانه يمكنه الانتفاع بها ولا يجوز من غيره لانه لا يمكنه الانتفاع بها فان أراد أن يعتقه جاز لانه يملكه ملكا تاما وللموصى له أن يستوفى المنفعه بعد العتق لانه تصرف فى الرقبه فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعه ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق فى أحد القولين لان هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعه

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال أعطوه كلباً من كلابى أعطاه الوارث أيها شاء وهذا كما قال ، فإن الوصية بالكلب المنتفع به جائزة ؛ لأنه لما جاز إقراره فى يد صاحبه ، وحرم انتزاعه من يد صاحبه جاز أن يكون وصيه وميراثاً فإذا أوصى له بكلب ولا كلاب له فالوصية باطلة ، لأنه لا يصح أن يشترى ولا يلزم أن يستوهب ، وإن كان له كلاب فضربان : منتفع به وغير منتفع ، فان كانت كلابه كلها غير منتفع بها فالوصية باطله لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه ، وإن كانت كلها منتفعاً بها فكان له كلب حرث وكلب ماشية وكلب صيد نظرت ، فان كان الموصى له صاحب حرث وماشية وصيد فالوارث بالخيار فى إعطائه أى كلب شاء من حرث أو ماشية أو صيد .

وإن كان الموصى له ليس بصاحب حرث ولا ماشية ولا صيد ففى الوصية وجهان . أحدهما الوصية باطلة اعتباراً بالموصى له وأنه غير منتفع به ، وإن كان الموصى له ممن ينتفع بأخذها بأن كان صاحب حرث لاغير أو صاحب صيد لاغير فالوصية جائزة ؛ وفيها وجهان . أحدهما : يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذى يختص بالانتفاع به دون غيره اعتباراً بالموصى له . والثانى أن للوارث الخيار فى إعطائه أى الكلاب شاء اعتبارا بالموصى به .

فأما الوصية بالجرو الصغير المعد للتعليم ففى جوازها وجهان من اختلاف الوجهين فى اقتنائه . أحدهما : أن اقتناءه غير جائز والوصية به باطله لأنه غير منتفع به فى الحال . والثانى أن اقتناءه جائز والوصية به جائزة لانه سينتفع به فى ثانى حال ، ولان تعليمه منفعة فى الحال .

ولو كان لرجل ثلاثة كلاب ولم يترك شيئا سواها فأوصى بجميعها لرجل ، فإن أجازها الورثه له وإلا ردت الوصيه الى الثلث ، ثم فى كيفيه رجوعها الى الثلث وجهان . أحدهما : أن تستحق من كل كلب ثلثه فيحصل له ثلث الثلاثه ، ولا يستحق واحداً بكماله إلا عن مراضاته ، والوجه الثانى : أنه قد استحق بالوصيه أحدها بخلاف الاموال ، لان الاموال مقومه تختلف أثمانها ، وليس كالكلاب التى لا تقوم ، فاستوى فيه حكم جميعها ، فعلى هـذا فيه وجهان ، أحدهما : وهو قول أبى إسحاق المروزى ـ أنه يأخذ أحدها بالقرعه . الثانى أن للورثه أن يعطوه أيها شاءوا

فأما إن كان له كلب واحد ولا مال له غيره فأوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله ، فإن أجازه الورثه وإلا كان للموصى له ثلثه وللورثه ثلثاه ، ويكون بينهما على المهاياة . وإن ملك مالا فأوصى بهذا الكلب الذى ليس له كلب سواه ففى الوصية وجهان . أحدهما ـ وهو قول أبى على بن أبى هريرة ـ أن الوصيه جائزة فى الكلب كله للموصى له به ، لأن قليل المال خير من الكلب الذى ليس بمال . والوجه الثانى ـ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ـ أن للموصى له ثلث الكلب إذا منع الورثه من جميعه . وإن كثر مال التركة لأنه مما لا يمكن أن يشترى فيساويه الورثه فيما صار اليهم من المال ، فاختص الكلب بحكمه وصار كأنه جميع التركة ، فلو ترك ثلاثة كلاب ومالا وأوصى بجميع كلابه الثلاثة ، فعلى قول أبى على بن أبى هريرة : الوصيه بجميع الكلاب الثلاثه ممضاة وإن قل مال التركة وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى تصح الوصيه فى أحدها إذا منع الورثه من جميعها

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال أعطوه طبلا من طبولى ـ وله طبلان للحرب واللهو ـ أعطاه أيهما شاء ، فإن لم يصلح الذى للهو الا للطرب لم يكن لهم أن يعطوا إلا الذى للحرب

وأصل هذه المسائل أن الوصيه بما لا منفعة فيه باطله والوصيه بما فيه منفعة مباحه ومنفعة محظورة ومنفعة مشتركة بين الحظر والاباحه ، فإن كانت المنفعة مباحه جاز بيع ذلك والوصيه به ، وان كانت المنفعة محظورة لم يجز بيعه ولا الوصية به وان كانت مشتركة جاز بيعه والوصيه به لأجل الاباحه ونهى عن استعماله فى الحظر

فإذا ثبت هذا : وأوصى له بطبل من طبوله ، فان لم يكن له إلا طبول الحرب فالوصية به جائزة ، لأن طبل الحرب مباح ، ثم ينظر ؛ فإن كان اسم الطبل يطلق عليه بغير جلد دفع اليه الطبل بغير جلد ، وإن كان لا يطلق عليه الاسم الا بالجلد دفع اليه مع جلده ، وإن كانت طبوله كلها طبول اللهو — فإن كانت لا تصلح إلا للهو — فالوصية باطلة لأن طبول اللهو محظورة ، وإن كانت تصلح لغير اللهو فى غير المنافع المباحة جازت الوصية بها .

وإن كانت طبوله نوعين طبول حرب وطبول لهو — فإن كانت طبول اللهو لا تصلح لغير اللهو — لم يعط إلا طبل الحرب ، وان كانت طبول اللهو تصلح لغيره من المباحات كان الوارث بالخيار فى اعطائه ما شاء من طبل لهو أو حرب لانطلاق الاسم عليها ، إلا أن يدل كلامه على أحدهما فيحمل عليه ، كقوله : أعطوه طبلا للجهاد أو الإرهاب فلا يعطى إلا طبل الحرب ، وإن قال : طبلا للفرح والسرور لم يعط إلا طبل اللهو .

فأما الوصية بالدف العربى فجائزة لورود الشرع باباحة الضرب به فى المناكح

(مسئلة) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : عوداً من عيدانى ، وله عيدان يعزف بها وعيدان قسى وعصى وغيرها ، فالعود إذا وجه به المتكلم للعود الذى يضرب به دون ما سواه مما يقع عليه اسم عود ؛ فان كان العود يصلح لغير الضرب جازت الوصية ولم يكن عليه إلا أقل ما يقع عليه اسم عود وأصغره بلا وتر ، وان كان لا يصلح لغير الضرب بطلت عندى الوصية .

ومعنى كلام الشافعى أنه اذا قال : اعطوه عوداً من عيدانى فطلق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب والعزف واللهو دون عيدان القسى والعصى ، فان كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو فالوصيه باطله ، وان كان يصلح لغير اللهو فالوصية جائزة ، ويعطاه بغير وتر لانطلاق الاسم عليه ، وان لم يكن عليه وتر ينظر فان كان لا يصلح لغير اللهو الا بعد تفصيله وتخليعه فصل وخلع ثم دفع اليه ، وان كان يصلح لغير اللهو لم يفصل ودفع اليه غير مفصل .

(مسئلة) قال الشافعى رضى الله عنه ، وكذلك المزمار ، يعنى أنه ان كان

لا يصلح الا للهو فالوصية باطلة ، وان كان يصلح لغير اللهو فالوصية به جائزة ، ثم الكلام في التفصيل على ما مضى . فأما الشبابة التي ينفخ فيها مع طبل الحرب وفي الأسفار ، فالوصية بها جائزة .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : أعطوه قوساً من قسيي وله قسى معمولة ، وقسى غير معمولة أو ليس منها شيء فقال : اعطوه عوداً من القسى كان عليهم أن يعطوه قوسا معمولة أى قوس شاءوا - صغيرة أو كبيرة . عربية أو أى عمل شاءوا - اذا وقع عليه اسم قوس ترمى بالنبل أو النشاب أو الحسبان ومعنى هذا الكلام أنه اذا أوصى بقوس من القسى فطلق القوس يتناول قوس السهام والحربة دون قوس النداف والجلاهق الذى هى منها البندق ، فلا يعطى الا قوس السهام الحربية سواء أعطاه قوس نشاب وهى الفارسية ، أو قوس نبل وهى العربية أو قوس حسبان ، والخيار فيها الى الوارث لاشتراك الاسم فى جميعها ، ولا يلزم أن يدفع الوتر معه ، لأنه يسمى قوسا بغير وتر ، وهكذا لو أوصى له بدابة لم يعط سرجها .

فأما ان قال : أعطوه قوسا من قسيي وله قوس نداف وقوس جلاهق أعطى قوس الجلاهق التى يرمى عنها لأنها أخص بالاسم ، فان لم يكن له الا قوس نداف دفع اليه ، ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده عمل على ما دل عليه كلامه من القسى الثلاث . أما بقية الفصول فقد مضى الكلام على بعضها ، ومنها ما هو على وجهه من كلام المصنف ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الرجوع فى الوصية

يجوز الرجوع فى الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض ، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف لأنه فسخ عقداً قبل تمامه فجاز بالقول والتصرف كفسخ البيع فى مدة الخيار ؛ وفسخ الهبة قبل القبض ، وإن قال هو حرام عليه فهو رجوع لأنه لايجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه ، فان قال : لوارثى فهو رجوع لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له ، وإن قال هو تركتى ففيه وجهان . أحـدهما : أنه رجوع لأن التركة للورثة ، والثانى : أنه ليس برجوع لأن الوصية من جملة التركة .

(فصـل) وإن وصى لرجل بعبد ثم وصى به لآخر لم يكن ذلك رجوعا لامكان أن يكون نسى الأول أو قصد الجمع بينهما ، فان قال ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع ، ومن أصحابنا من قال : ليس برجوع كالمسألة قبلها والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع .

(فصل) وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكاتب فهو رجوع ، لأنه صرفه عن الموصى له ، وإن عرضه للبيع أو رهنه فى دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع ، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له .

ومن أصحابنا من قال : إنه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك ، وليس بشىء ، وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله لم يكن ذلك رجوعاً لأن الوصية بثلث المال عند الموت لا بثلث ماباعه ، فإن وصى بعبد ثم دبره — فإن قلنـا : ان التدبير عتق بصفة — كان ذلك رجوعا ، لأنه عرضه لزوال الملك ، وإن قلنـــا : إنه وصية — وقلنا فى أحد القولين : إن العتق يقدم على سائر الوصايا — كان ذلك رجوعا لأنه أقوى من الوصية فأبطلها ، وان قلنا : إن العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان

(أحدهما) أنه ليس برجوع ، فيكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به ، كما لو أوصى به لرجل ثم وصى به لآخر (والثانى) أنه رجوع ، لأن التدبير أقوى ، لأنه يتنجز من غير قبول ، والوصية لا تتم إلا بالقبول ، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز فى حياته من التبرعات على الوصية .

(فصل) وان وصى له بعبد ثم زوجه أو أجره أو علمه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعا ، لان هذه التصرفات لا تنافى الوصية : فإن كانت جاريه فوطئها لم يكن ذلك رجوعا لأنه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعا كالاستخدام . وقال أبو بكر بن الحداد المصرى : ان عزل عنها لم يكن رجوعا ، وان لم يعزل عنها كان رجوعا لانه قصد التسرى بها .

(فصل) وان وصى بطعام معين فخلطه بغيره كان ذلك رجوعا لانه جعله على صفة لا يمكن تسليمه ، فإن وصى بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعا ، لأن الوصية مختلطة بمثلها ، والذى خلطه به مثله ، فلم يكن رجوعا ، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعا ، لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها ، فان خلطه بما دونه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : انه ليس برجوع ، لانه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعا كما لو أتلف بعضه .

(والثانى) أنه رجوع لانه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه ، فان نقله الى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان (أحدهما) أنه رجوع لانه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه (والثانى) أنه ليس برجوع لانه باق على صفته .

(فصل) فان وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعا ، لانه جعله كالمستهلك ، وان وصى بحنطة فطحنها أو بدقيق فعجنه ، أو بعجين فخبزه ، كان ذلك رجوعا ، لانه أزال عنه الإسم ، ولانه جعله للاستهلاك ، وان وصى له بخبز فجعله فتيتا ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه رجوع لانه أزال عنه اطلاق اسم الخبز ، فأشبه اذا ثرده .

(والثانى) ليس برجوع ، لان الاسم باق عليه ، لانه يقال خبز مدقوق ،

وان وصى برطب فجعله تمراً ففيه وجهان . أحدهما : أنه رجوع لانه أزال عنه اسم الرطب . والثانى : ليس برجوع لانه أبقى له وأحفظ على الموصى له .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وللرجل إذا أوصى بوصية تطوع بها أن ينقضها كلها أو يبدل منها ماشاء التدبير أو غيره مالم يمت ، وإن كان فى وصيته إقرار بدين أو غيره أو أعتق بتات فذلك شىء واجب عليه أوجبه على نفسه فى حياته لا بعد موته ، فليس له أن يرجع من ذلك فى شىء .

ثم قال فى باب ما يكون رجوعا فى الوصيـة وتغييراً لها وما لا يكون رجوعا ولا تغييراً : وإذا أوصى رجل بعبد بعينه لرجل ثم أوصى بذلك العبد بعينه لرجل فالعبد بينهما نصفان ، ولو قال : العبد الذى أوصيت به لفلان لفلان ؛ أو قد أوصيت بالذى أوصيت به لفلان لفلان كان هذا رداً للوصيـة الأولى ، وكانت وصيته للآخر منهما ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم أوصى أن يباع ذلك العبد كان هذا دليلا على إبطال وصيته به للأول ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو كاتبه أو دبره أو وهبه كان هذا كله ابطالا للوصية فيه .

ثم قال : ولو أوصى به لرجـل ثم أذن له فى التجارة أو بعثه تاجراً الى بلد أو أجره او علمه كتاباً أو قرآناً أو علما او صناعة أو كساه أو وهب له مالا أو زوجه لم يكن شىء من هذا رجوعا فى الوصيه ، ولو كان الموصى به طعاما فباعه أو وهبه أو أكله أو كان حنطة فطحنها أو دقيقاً فعجنه أو خبزه ، أو حنطة فجعلها سويقا كان هذا كله كنقض الوصية ، ولو أوصى له بما فى هذا البيت من الحنطة ثم خلطها بحنطة غـيرها كان هذا ابطالا للوصية ، ولو أوصى له بما فى البيت بمكيلة حنطة ثم خلطها بحنطة مثلها لم يكن هذا ابطالا للوصية وكانت له المكيلة التى أوصى بها له . اهـ

قلت : ما أورد الشـافعى فى هذا الكلام صور لما يمكن أن يكون رجوعا بالصرف وابطالا ، أو تصرفا لا يعد رجوعا ولا يؤثر فى صحتها ، وبيان هذا أنه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى بثلثه له ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ، ولا يكون ذلك رجوعا

فى الوصية الاولى ؛ وبهذا قال ربيعة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأحمد ابن حنبل وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود بن على وصيته الآخر منهما، لأنه وصى للثانى بما وصى به الأول فكان رجوعا ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر ، ولأن الثانية تنافى الاولى ، فاذا أتى بها كان رجوعا ، كما لو قال : هذا لورثتى

ولنا أنه وصى لهما فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بسيارتى ، وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته . وفى مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية أحدهما بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعا فى الوصيه لبشر . وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وهو أيضا مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً، لأنه صرح بالرجوع عن الاول بذكره أن ماأوصى به مردود الى الثانى ، فأشبه ما لو قال رجعت عن وصيتى لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما اذا أوصى بشىء واحد لرجلين أحدهما بعد الاخر ، فانه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما ، وقد ثبتت وصية الاول يقينا فلا تزول بالشك

وإن قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا فى القدر الذى وصى به للثانى خاصة وباقيه للأول .

وأجمع أهل العلم على أن للوصى أن يرجع فى جميع ما أوصى به وفى بعضه الا الوصية بالاعتاق ، وبعضهم على جواز الرجوع فى الوصية به أيضا . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يغير الرجل ما شاء من وصيته ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وقال الشعبى وابن سيرين وشبرمة والنخعى : يغير منها ما شاء الا العتق ، لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغيير تغييره كالتدبير .

ولنا أنها وصيه فملك الرجوع عنها كغير العتق ، ولأنها عطيه تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها ، كهبة مايفتقر الى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة الحياة

ويحصل الرجوع بقوله : رجعت فى وصيتى أو أبطلتها أو غيرتها أو ماأوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتى أو فى ميراثى ، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه ، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله ولبسه ، أو جارية فأحبلها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع ولا يعد من الرجوع جماع الجارية بخلاف ما لو أحبلها .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشىء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أنه يكون رجوعا . وحكى عن أصحاب الرأى أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة ، ولأنه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه . وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلهـا الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعاً ، لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبـة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافى الوصية الأولى ، والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعا لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب أحمد لأنه لايزيل الملك فأشبه إجارته ، وكذلك الحكم فى الكتابة .

(فرع) وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز ففته كان رجوعا ، لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، فدل على رجوعه ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . أما تفتيته ودقه فقد قال أصحاب أحمد : يعد رجوعا ولأصحابنا فيه وجهان حكاهما المصنف .

وإن وصى بشىء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لانه يتعذر بذلك تسليمه . وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها نظرت فإن كان بخير منها كان ذلك رجوعا لانه أحدث فيه زيادة ليست من الوصيه . أما اذا خلطه بما دونه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن ابى هريرة ان ذلك ليس رجوعا قياسـا على ما اذا تلف بعضه فصار الباقى على وصيته .

(والثانى) انه رجوع ، وقد ذهب احمد واصحابه الى ان الخلط بما هو خير منه أو بما دونه أو بمثله لا يعد رجوعا لأنه كان مشاعا و بقى مشاعا وعندهم وجه ضعيف فيما خالط بخير منه انه يكون رجوعا ، لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه ، والله تعالى اعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وصى بقطن فغزله او بغزل فنسجه كان ذلك رجوعا ، لانه أزال عنه الاسم ، وان أوصى له بقطن لحشى به فراشا ففيه وجهان

(احدهما) انه رجوع لأنه جعله للاستهلاك (والثانى) ليس برجوع لأن الاسم باق عليه .

(فصل) وان اوصى له بثوب فقطعه او بشاة فذبحها ، كان رجوعا لأنه ازال عنه الاسم ، ولأنه جعله للاستهلاك ، وان وصى له بلحم فطبخه او شواه كان ذلك رجوعا ، لانه جعله للأكل ، وان قدده ففيه وجهان كما قلنا فى الرطب إذا جعله تمراً .

(فصل) وان وصى له بثوب فقطعه قيصا أو بساج فجعله بابا ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع ، لأنه ازال عنه اطلاق اسم الثوب والساج . ولأنه جعله للاستعمال .

(والثانى) انه ليس برجوع ، لأن اسم الثوب والساج باق عليه

(فصل) وان وصى بدار فهدمها كان رجوعا لانه تصرف ازال به الاسم فكان رجوعا ، كما لو وصى بحنطة فطحنها ، وان تهدمت نظرت فان لم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيما بقى . واما ما انفصل عنها فالمنصوص انه خارج من الوصية لانه انفصل عن الموصى به فى حياة الموصى . وحكى القاضى ابو القاسم ابن كج رحمه الله وجها آخر : انه للموصى له لانه تناولته الوصيه فلم يخرج منها بالانفصال ، وإن زال عنها اسم الدار فنى الباقى من العرصه وجهان (احدهما) انه تبطل فيه الوصية لانه ازال عنها اسم الدار (والثانى) لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع .

(فصل) وان وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعا : لانه لا يراد للبقاء ، وقد يحصل قبـل الموت فلم يكن رجوعا ، وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان (أحـدهما) أنه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة ، فدل على الرجوع ، (والثانى) ليس برجوع لانه استيفاء منفعة فهو كالزراعة ، فعلى هذا فى موضع الاساس وقرار الغراس وجهان .

(أحدهما) أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذى بينهما فاذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له .

(والثانى) أنه تبطل الوصية فيه لانه جعله تابعاً لما عليه .

(فصـل) وإن أوصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعا ، لانه قد تنقضى الاجارة قبل الموت ، فان مات قبل انقضاء الاجارة ففيه وجهان (أحـدهما) يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الاجارة (والثانى) انه تبطل الوصيه بقدر مابقى من مدة الاجارة وتبقى فى مدة الباقى .

(الشرح) إذا وصى بكتان او قطن فغزله او وصى بغزل فنسجه او بثوب فقطعه او بسبيكة فصاغها او شاه فذبحها كان ذلك رجوعا ، وبهذا قال اصحاب الراى والشافعى فى ظاهر المذهب وهو الراجح من احمد ، واختار ابو الخطاب من الحنابلة أنه ليس برجوع ، وهو قول ابى ثور لانه لا يزيل الاسم .

دليلنا : انه عرضة للاستعمال فصار رجوعاً كالمسائل قبله ، ولا يصح قوله انه لا يزيل الاسم ، فان الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يسمى كتانا .

(فرع) قال الشـافعى رضى الله عنه : ولو اوصى له بدار وقبل كانت له وما ثبت فيها من ابوابها وغيرها دون ما فيها . قلت لان الوصيه اذا كانت بالدار دخل فيها كل ما كان من الدار ولها ولم يدخـل فى الوصيه كل ما كان فى الدار اذا لم يكن منها ، فالداخل فى الوصيه حيطانها وسقوفها وابوابها المنصوبة عليها ، وما كان متصلا بها من زخرفها ودرجها ، ولم يدخــل فيها ما انفصل عنها من ابوابها ورفوفها وسلاليمها المنفصله عنها .

وجملة ذلك ان كل ما جعلناه داخلا فى البيع معها دخل فى الوصيه بها ، وكل

مالم يجعله داخلا فى البيع لم يدخل فى الوصية ، فلو كان الموصى به أرضاً دخل فى الوصيه نخلها وشجرها ، ولم يدخل فيه زرعها ، ولو كان نخلها عند الوصية مثمراً لم يدخل ثمرها فى الوصية إن كان مؤبراً ، وفى دخوله فيها إن كان غير مؤبر وجهان (أحدهما) يدخل كالبيع (والثانى) لا يدخل لخروجه عن الاسم ، وان كان متصلا ، وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه فى دخوله فى الرهن .

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو انهدمت فى حياة الموصى كانت له إلا ما انهدم منها فصار غير ثابت فيها . وصورتها فى رجل أوصى لرجل بدار فانهدمت ـ فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن تنهدم فى حياة الموصى .

(والثانى) بعد موته وبعد قبول الموصى له .

(والثالث) بعد موته وقبل قبول الموصى ، فان انهدمت فى حياة الموصى ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام . والثانى : أن لا يزول ، فان لم يزل اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها تسمى داراً ، فالوصية جائزة وله ما كان ثابتاً فيها من بنيانها ، فأما المنفصل عنها بالهدم فالذى نص عليه الشافعى أن يكون خارجا من الوصية ؛ فذهب الجمهور من أصحابنا إلى حمل ذلك على ظاهره ، وأنه خارج من الوصية ، لأن ماانفصل عنه لا يسمى داراً ، فلم يكن للموصى له بالدار فيها حق .

وحكى أبو القاسم بن كج وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن نص الشافعى على خروج ما انهدم من الوصية محمول على أنه هدمه بنفسه فصار ذلك رجوعا فيه ، ولو انهدمت بسبب من السماء لا ينسب لفعل الموصى كان للموصى له باقى الدار لأنه منها وإنما بان عنها بعد أن تناولته الوصية ، وان كانت الدار بعد انهدامها لا تسمى داراً لأنها صارت عرصة لا بناء فيها ففى بطلان الوصية وجهان .

(أحدهما) لا تبطل وهذا قول من جعل الالة بعد انفصالها ملكا للموصى له

(والوجه الثانى) أن الوصية بها باطلة وهو الأصح ، لأنها إذا كانت عرصة لم تسم داراً ؛ ألا ترى لو حلف لا يدخلها لم يحنث بدخول عرصتها بعد ذهاب

بنائها ، وهذا قول من جعل ما انفصل عنها غـــير داخل فى الوصية ، فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وبعد قبول الموصى له فالوصية بهما ممضاة ؛ وجميع ما انفصل عنها من البناء كالمتصل يكون ملـكا للموصى له لاستقرار ملـكه عليها بالقبول .

فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له ، فان لم يزل اسم الدار عنها فالوصية بحالها ، فاذا قبلها الموصى له ، فان قيل : ان القبول يبنى عن تقدم الملك بموت الموصى وكل ذلك ملك للموصى له المنفصل منه والمتصل فان قيل : إن القبول هو المملك فله الدار وما اتصل بها من البناء .

وفى المنفصل وجهان (أحدهما) للموصى له (والثانى) للورثه ، وإن لم تسم الدار بعد انهدامها داراً .

(فان قلنا) إن القبول يبنى عن تقدم الملك ، فالوصية جائزة وجهاً واحداً وله العرصة وجميع ما فيهـا من منفصل أو متصل ، إذا كان عند الموت متصلا ، وان قيل : إن القبول هو المملك مع بطـلان الوصية بانهدامها على ما مضى من الوجهين (أحـــدهما) باطله (والثانى) جائزة وله ما اتصل بها . وفى المنفصل وجهان : وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه وليس فيـه أقاويل تذكر ، والله تعالى أعلم بالصواب ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الأوصياء

لا تجوز الوصيه إلا إلى بالغ عاقل حر عدل ، فأما الصبي والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصيه اليهم ، لأنه لا حظ للميت ولا للطفل فى نظر هؤلاء ولهذا لم تثبت لهم الولايه ، وأما الكافر فلا تجوز الوصيه إليه فى حق المسلم ، لقوله عز وجل « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ، ودوا ماعنتم » ولأنه غير مأمون على المسلم ، ولهذا قال الله تعالى « لا يرقبون فى مؤمن إلا ولا ذمه » وفى جواز الوصية إليه فى حق الكافر وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصيا له كالمسلم (والثانى) لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم .

(فصل) وتجوز الوصية إلى المرأة لما روى أن عمر رضى الله عنه وصى الى ابنته حفصة فى صدقته ما عاشت ، فإذا ماتت فهو إلى ذوى الرأى من أهلها ، ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية اليها كالرجل . واختلف أصحابنا فى الأعمى فمنهم من قال : تجوز الوصية اليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصيه اليه كالبصير ، ومنهم من قال : لا تجوز الوصية لانه تفتقر الوصية الى عقود لا تصح من الاعمى ، وفضل نظر لا يدرك الا بالعين .

(الشرح) تصح الوصيه الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نعلمه ، لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف فى أموالهما ، فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، لقوله تعالى « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وماتخفى صدورهم أكبر » .

قال ابن أبي حاتم : حدثنا أبي حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا عيسى ابن يونس عن أبي حيان التيمي عن أبي الزنباع عن ابن أبي الدهقانة قال : قيل

لعمر بن الخطاب رضى الله عنه : إن ههنا غلاما من أهل الحيرة حافظ كاتب فلو اتخذته كاتبا ؟ فقال : قد اتخذت إذن بطانة من دون المؤمنين . فعلى هذا الأثر مع هذه الاية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم فى الكتابة التى فيها استطالة على المسلمين واطلاع على دواخل أمورهم التى يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من أهل الحرب ، ولهذا قال تعالى (لا يالونكم خبالا ودوا ماعنتم) وماهنا مصدرية فيكون المصدر الصريح المفعول لودوا « عنتكم » .

وقال الحافظ أبو يعلى : حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا هشيم حدثنا العوام عن الأزهر بن راشد قال : كانوا يأتون أنساً فإذا حدثهم بحديث لا يدرون ما هو أتوا الحسن البصرى فيفسره لهم قال : فحدث ذات يوم عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تستضيئوا بنار المشركين ولا تنقشوا فى خواتيمكم عربيا » فأتوا الحسن ففسر لهم الاستضاءة : لا تستشيروا المشركين فى شئونكم تصديق ذلك فى كتاب الله وتلا الاية ، ويقول الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب الأوصياء ولا تجوز الوصيه الا الى بالغ مسلم عدل .

وروى ابن اسحاق وغيره عن ابن عباس قال : كان رجال من المسلمين يواصلون رجالا من اليهود ، لما كان بينهم من الجوار والحلف فى الجاهليه ، فأنزل الله تعالى فيهم ينهاهم عن مباطنتهم تخوف الفتنة عليهم هذه الايه ، وأخرج عبد بن حميد أنها نزلت فى المنافقين من أهل المدينه نهى المؤمنون أن يتولوهم ومن ثم فلا تصح وصيه مسلم اليه لأنه لا يلى على مسلم ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصيه اليه كالمجنون والفاسق ، وأما وصيه الكافر اليه ، فإن لم يكن عدلا فى دينه لم تصح الوصيه اليه ، لأن عدم العدالة فى المسلم يمنع صحه الوصيه اليه فمع الكفر أولى ، وان كان عدلا فى دينه ففيه وجهان .

أحدهما : تصح الوصيه اليه ، وهو قول أصحاب الرأى لأنه يلى بالنسب فيلى الوصيه كالمسلم . والثانى : لا تصح ، وهو قول أبى ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصيه اليه كفاسق المسلمين . ولأصحاب أحمد وجهان كهذين ، وأما وصيه الكافر الى المسلم الا أن تكون تركته خمراً أو خنزيراً .

أما الوصية إلى المرأة فإنها تصح فى قول أكثر أهل العلم . وروى ذلك عن شريح . وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، ولم يجزه عطاء ، لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية .

دليلنا أن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ، وتخالف القضاء ، فإن المعتبر له الكمال فى الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية للأعمى فى أحد الوجهين لأنه من أهل الشهادة وهو قول أحمد وأصحابه ، ولم يسلم القائلون بالجواز لمخالفيهم حكمهم ، لأنه يمكنه التوكيل فيما يحتاج الى نظر . ثم إنه من أهل الشهادة والولاية فى النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية اليه كالبصير . وعلى الوجه الاخر عند أصحابنا أنه لا تصح الوصيه اليه بناء على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولايه ، وقد مضى فى البيوع وفى السلم وفى غيرها مزيد بيان .

أما الصبي العاقل فلا تصح الوصيه اليه لانه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولايه بطريق الاولى ؛ ولانه مولى عليه ، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون وهو الصحيح من مذهب الحنابله وليس عندهم نص عن احمد فيه ، وإنما رجح اكثرهم مذهبا فى الصبي إلا القاضى فقد قال : قياس المذهب صحة الوصيه اليه ، لأن احمد قد نص على صحة وكالته

وأما الفاسق فان الوصيه اليه لا تصح فى قول مالك والشافعى واحمد . وفى رواية عن احمد صحة الوصيه اليه فى رواية ابن منصور عنه وعند الخرقى من الحنابله اذا كان خائنا ضم اليه أمين

وقال ابن قدامه : وهذا يدل على صحة الوصيه اليه وضم الحاكم اليه امينا . وقال ابو حنيفه تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصيه اليه كالعدل ، وبهذا يكون على قول اصحاب احمد عدم جواز إفراده بالوصيه .

وعند أبي حنيفه لا يجوز إقراره على الوصيه . والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه الشروط التى تصح بها الوصية اليه ، فمنهم من قال يعتبر ذلك عند الوفاة ، فإن وصى إلى صبي فبلغ أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلا قبل الوفاة صحت الوصية ، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل ، ومنهم من قال : تعتبر عند العقد وعند الموت ، ولا تعتبر فيما بينهما ، لأن حال العقد حال الإيجاب ، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما . ومنهم من قال : تعتبر فى حال الوصية وفيما بعدها ، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت ، فاعتبرت الشروط فى الجميع .

(فصل) وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى ـ فإن كان لضعف ـ ضم اليه معين أمين ، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية اليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه .

(فصل) ويجوز أن يوصى إلى نفسين . لما روى أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت النظر فى وقفها إلى على كرم الله وجهه ، فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها ، ويجوز أن يجعل اليهما وإلى كل واحد منهما لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن ، فإن جعل الى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف ، فان ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الاخر غيره لأن الموصى رضى بنظر كل واحد منهما وحده . فان وصى اليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه لم يرض بأحدهما ، فان ضعف أحدهما ضم اليه من يعينه ، فان فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لأن الموصى لم يرض بنظره وحده ، فان أراد الحاكم أن يفوض الجميع إلى الثانى لم يجز لأنه لم يرض الموصى باجتهاده وحده فان ماتا أو فسقا فهل للحاكم أن يفوض إلى واحد . فيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لأنه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه إلى الحاكم (والثانى) لا يجوز لأنه لم يرض بنظر واحد ؛ وان اختلف

الوصيان فى حفظ المال جعل بينهما نصفين ، فاذا بلغا إلى التصرف — فان كان التصرف إلى كل واحد منهما — تصرف كل واحد منهما فى الجميع ، وإن كان اليهما لم يجز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الاخر .

(فصل) ومن وصى اليه فى شىء لم يصر وصيا فى غيره ومن وصى اليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الاذن .

(الشرح) الشروط التى أسلفنا تقريرها هل تعتبر فى الوصى حال العقد أو حال الموت أو حال العقد والموت ؟ على اختلاف بين أصحابنا ، وإلى اعتبارها حال العقد ذهب أحمد وأصحابه فى أحد الوجهين عندهم ، لأنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فلا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثانى لو كانت الشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه ، وهو الوجه الثانى عند أصحاب أحمد . والوجه الثالث : أن تعتبر حال صدور العقد عند الوفاة ، ولا تعتبر حالة فيما بينهما من الزمن كما سيأتى .

(فرع) الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما ، فعلى هذا اذا كان الوصى فاسقاً فحكمه حكم من لا وصى له عند أصحاب أحمد ، وينظر الحاكم فى ماله ، وعند أحمد أن الوصية باطلة ابتداء كالذى طرأ عليه فسقه بعد الوصية تزول ولايته ويقيم الحاكم مقامه أمينا ، وهذا هو قول الثورى والشافعى واسحاق وأحمد ابن حنبل . وعلى قول بعض الحنابلة كالخرقى تصح الوصية ويضم اليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصى بابقائه فى الوصية ، قالوا . فان لم يمكن حفظ المال بالامين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ، لان حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد .

وأما العدل الذى يعجز عن النظر لعلة أو ضعف طرأ ، فان الحاكم يضم اليه أمينا ، ولا تزول يده عن المال ولا نظره ويكون الاول هو الوصى دون الثانى ، وهذا معاون له . لأن ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الوصى ، وهذا قول الشافعى وأبى يوسف وأحمد بن حنبل ولا أعلم لهم مخالفاً .

أما إذا تغير حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه أو فسق زالت ولايته وصار كأنه لم يوص اليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم فيقيم أمينا ناظراً للميت فى أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً

أما إذا تغيرت حالته بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية اليه . لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . هذا وجه ووجه آخر تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها . فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

إذا ثبت هذا فانه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين . فتى أوصى اليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف ، فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً . لأن الموصى لم يرض بنظر هذا الباقى منهما وحده ، فإن أراد الحاكم رد الباقى منهما فوجهان :

أحدهما : لا يجوز . والثانى : يجوز . لأن النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية كان له رده إلى واحد كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصية من الموصى والأمانة من جهة الحاكم . ولنا أن الموصى لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه ، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده .

فإن كانت الوصية بالإذن لكل واحد منهما أن يتصرف منفرداً ، فإذا مات أحدهما أو جن أو ارتد أو فسق جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الاخر غيره لأن تصرف الباقى منهما على حسب الاذن مستفاد منه ، ولأنه رضى بنظر كل واحد منهما وحده ، فلا سبيل إلى إقامه بديل لمن بطل عقده .

وإن تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره فهل للحاكم أن ينصب مكانهما واحداً ؟ فيه وجهان

أحدهما له ذلك ، لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد ، كذا ههنا ، ويفارق ما اذا كان أحدهما حيا لأن الموصى بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معاً

والثانى : لا يجوز أن ينصب الا اثنين لأن الوصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً .

فأما ان جعل لكل واحـد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقى منهما له النظر بالوصية فلا حاجـة الى غيره ، وان ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف ، وان تغيرت حال أحد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك ، وكان لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فليس للحاكم أن يضم اليهما أميناً ، لأن الباقى منهما يكفى ، الا أن يكون الباقى منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أميناً ، وان كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف منهما عنها أميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والامين معهما . وليس لواحد منهم التصرف وحده

(فرع) قوله : ومن وصى اليه فى شىء لم يصر وصيا فى غيره الخ . وهذا صحيح لأنه يجوز أن يوصى الى رجـل بشىء دون شىء ، مثل أن يوصى الى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقبض معاشه أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر فى أمر أطفاله لحسب ، فلا يكون له غير ما جعل اليه

ويجوز أن يوصى الى انسان بقبض معاشه لصغاره ، وبآخر الإنفاق عليهم من هـذا المعاش ، والى آخر بقضاء ديونه ، والى آخر بالانفاق على أطفاله ، فلا يكون لكل واحد منهم الا ماجعل له دون غيره ، ومتى أوصى اليه بشىء لم يصر وصياً فى غيره . وبهذا قال الشافعى وأحمد بن حنبل

وقال أبو حنيفة : يصير وصيا فى كل ما يملكه الوصى ، لان هذه ولاية تنقل من الاب بموته ، فلا تتبعض كولاية الجد

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة انسان ، فكان مقصوراً على ماأذن فيه كالوكيل . وولاية الجد ممنوعة ثم ولاية الجد استفادها بقرابته وهى لا تتبعض والاذن يتبعض فافترقا .

وكذلك اذا أوصى له الى زمن معين موصوف ، كأن اذا بلغ الصبى أو قدم

المسافر ، أو معين كقوله إلى سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة بعد الألف ، وهو العام الذى نخط فيه هـذا الشرح ، فإنه لا يجوز أن يتجاوزه لأن الاذن موقت بالعام المذكور . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وللوصى أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه كما قلنا فى الوكيل ، ولا يجوز أن يوصى إلى غيره ، لأنه يتصرف بالاذن فلم يملك الوصية كالوكيل ، فإن قال أوصيت اليك : فإن مت فقد أوصيت إلى فلان صح ، لأن عمر رضى الله عنه وصى إلى حفصـة ، فإذا ماتت فإلى ذوى الرأى من أهلها ، ووصت فاطمة رضى الله عنها إلى على كرم الله وجهه ؛ فإذا مات فإلى ابنيها ، ولأنه علق وصية التالى على شرط ، فصـار كما لو قال وصيت اليك شهراً ثم قال إلى فلان ، فإن أوصى اليه وأذن له أن يوصى إلى من يرى فقد قال فى الوصايا لا يجوز . وقال فى اختلاف العراقيين يجوز . فن أصحابنا من قال يجوز قولا واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال، فإذا جاز أن ينقل التصرف فى المال إلى الوصى جاز أن ينقل الوصية اليه ؛ وما قال فى الوصايا أراد إذا أطلق الوصية ومنهم من قال فيه قولان

(أحدهما) يجوز لما ذكرناه (والثانى) لا يجوز لأنه يعقد الوصية عن الموصى فى حال لا ولاية له فيه . وان وصى اليه وأذن له أن يوصى بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين (والثانى) أنه كالمسألة الأولى لأن علة المسألتين واحدة

(فصل) ولا تتم الوصية اليه إلا بالقبول لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له . وفى وقت القبول وجهان (أحدهما) يصح القبول فى الحال لأنه أذن له فى التصرف فصح القبول فى الحال كالوكالة (والثانى) لا يصح إلا بعـد الموت كالقبول فى الوصية له .

(فصـــل) وللموصى أن يعزل الوصى إذا شاء ، وللوصى أن يعزل

نفسه متى شاء ، لأنه تصرف بالاذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة .

(فصل) إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصى فى النفقة ، فقال الوصى أنفقت عليك ، وقال الصبي لم تنفق علىّ ، فالقول قول الوصى لأنه أمين وتتعذر عليه إقامة البينة على النفقة ، فإن اختلفا فى قدر النفقة فقال : أنفقت عليك فى كل سنة مائة دينار. وقال الصبي بل أنفقت علىّ خمسين دينارا ، فإن كان مايدعيه الوصى النفقة بالمعروف فالقول قوله لأنه أمين ، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط فى الزيادة

وإن اختلفا فى المدة فقال الوصى : أنفقت عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين ، ففيه وجهان

(احدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى أن القول قول الوصى ، كما لو اختلفا فى قدر النفقة

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا ان القول قول الصبي ، لأنه اختلاف فى مدة ؛ الاصل عدمها

(فصل) وان اختلفا فى دفع المال اليه فادعى الوصى انه دفعه اليه وانكر الصبي ، ففيه وجهان (احدهما) وهو المنصوص ان القول قول الصبي لأنه لم يأتمنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه ، كالمودع اذا ادعى دفع الوديعة الى وارث المودع ؛ والملتقط اذا ادعى دفع اللقطة الى مالكها (والثانى) ان القول قول الوصى كما قلنا فى النفقة .

* * *

(الشرح) الاحكام : إذا أوصى له فى شىء لا يحسن القيام به بنفسه جاز له ان يوكل عنه من يتولاه ، كأن كان ما عهد اليه بالوصية فيه كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوصى الى من يعينه على أدائه وكذلك لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج الى شخص قوى يؤديه ؛ أو كان العمل يفتقر الى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له

توكيل غيره ممن يقوم بمثل هذه الأمور ، وكذلك لو كان العمل سهلا ولكن من الاعمال التي يترفع الوصي في العادة عن مثلها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقوم بها أما الوصية إلى غيره بغير إذن من الموصي فانه لا يصح ذلك منه قولا واحداً .

أما إذا قال : أوصيت اليك ومن بعدك إلى فلان ، فان ذلك جائز ولا كلام لما روينا عن عمر أنه وصى إلى حفصة ، فاذا ماتت فالى ذوي الرأي من قومها ، ولذا جاز أن يوصي الى من يخلفه بالتعيين كأوصيت الى فلان فاذا مات فالى فلان كما أوصت فاطمة الى علي ومن بعده الى ولديها السبطين رضي الله عنهما ، كما يجوز أن يوصي الى من يخلفه بالوصف كقول عمر : فالى ذوي الرأي من قومها ، وتجري هذه الوصية مجرى المعلق على شرط كالوصية الى أجل معين أو موصوف على ما مضى في الفصل قبله .

أما اذا أوصى اليه ثم أذن له أن يوصي الى من يرى أو الى من يشاء ، أو كل من أوصيت اليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصي فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الوصايا من الأم : ولو أوصى رجل الى رجل فمات الموصى اليه وأوصى بما أوصى به الى رجل لم يكن وصي الوصي وصيا للميت الأول ، لان الميت الاول لم يرض الموصى الآخر .

ولو قال : أوصيت الى فلان فان حدث به حدث فقد أوصيت الى من أوصى اليه لم يجز ذلك لانه انما أوصى بمال غيره . وقال في اختلاف العراقيين في نسخة السراج البلقيني باب الوصي من اختلاف العراقيين ، وهي بعد وصية الإمام الشافعي رضي الله عنه التي كتبها قبل موته

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ولو أن رجلا أوصى الى رجل فمات الموصى اليه فأوصى الى آخر ، فان أبا حنيفة كان يقول : هذا الاخر وصي الرجلين جميعاً وبهذا يأخذ ؛ وكذلك بلغنا عن ابراهيم ، وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا الآخر وصي الذي أوصى اليه ، ولا يكون وصيا للأول الا أن يقول الثاني : قد أوصيت اليك في كل شيء ، أو يذكر وصية الاخر .

فمن أصحابنا من قال بالجواز قولا واحداً لانه ملك الوصية والتصرف في المال

ورضى الموصى باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو وصى اليهما معاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، واليه ذهب أحمد وأصحابه . وقالوا لانه مأذون له فى الاذن فى التصرف لجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، وما قال الشافعى فى الوصايا أراد إذا أطلق الوصية .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : يجوز لما أثبتناه ، والثانى : لا يجوز لأنه ليس له أن يوصى لأنه يلى بتوليه فلا يصح أن يولى فيها لا ولاية له فيه . أما إذا وصى له وأذن له فى أن يوصى إلى فلان بعده بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه لم يترك له اعمال الوسع ولا بذل الجهد فى تعيينه فقد أذن له أن يوصى اليه معيناً باسمه فصح كما او أوصى له ثم من بعده الى فلان ، والثانى : أنه كالمسأله قبلها لأنه كان بوسعه أن يوصى اليه من بعده ، ولكنه أذن له فى الوصية فكأنه جعل الوصية من شأنه .

وجملة ذلك أنه لا يجوز للوصى أن يوصى الى غيره ، وهو قول الشافعى واسحاق وأحد قولى أحمد . والظاهر من مذهب الخرقى من الحنابلة لقوله فى ذلك فى الوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل . وقال مالك وأبو حنيفة والثورى وأبو يوسف وأحمد فى أحد قوليه له أن يوصى الى غيره .

(فرع) يصح قبول الوصية وردها فى حياة الموصى ، لانها اذن فى التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل ، وهى لا تتم الا بالقبول كالوصية له ، والفرق بينهما أن الاولى اذن له فى التصرف والثانية تمليك فى وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، هذا وجه والوجه الاخر أنه يجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز فى حياة الموصى ، وبعد موته بمشهد منه وفى غيبته ، وبهذا قال الشافعى وأحمد . وقال أبو حنيفة : لايجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز فى حياته الا بحضرته ؛ لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الايصاء الى غيره ، وذكر ابن أبى موسى رواية عن أحمد : ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، وهذا فاسد لأنه متصرف بالاذن فكان له عزل

نفسه كالوكيل ، فأما اختلاف الوصى والوصى فقد مضى كلامنا فيـه فى الحجر وفى الوكالة ، وبعض صوره فى الوديعة . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضى عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له ، فأما الدين فالدليل عليه ما روى أن إمرأة من خثعم « سألت رسـول الله صلى الله عليه وسـلم عن الحج عن أبيها فأذن لها، فقالت : أينفعه ذلك ؟ قال نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه » وأما الصدقة فالدليل عليها ماروى ابن عباس « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسـلم : إن أمه توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها ؟ فقال : نعم قال : فإن لى مخرفا فأشهدك أنى قد تصدقت به عنها » .

وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل « والذين جاءوا من بعدهم يقولون : ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالايمان » فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لاخوانهم من الموتى ، وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغـــيرها فلا يلحق الميت ثوابها . لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إذا مات الانسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فأعتق عنـه ، فمنهم من قال : لا يقع العتق عن الميت بل يكون المعتق لأن العتق غـير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه ، كما لو تطوع بالعتق عنه فى غـير الكفارة ؛ ومنهم من قال : يقع عنه لأنه لو أعتق فى حياته سقط به الفرض ، وبالله التوفيق .

(الشرح) حديث المرأة الخثعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده عن ابن عبـاس ، وأخرجه أحمد والترمذى وصححه والبيهقى من حديث على بن أبى طالب رضى الله عنه . وعن عبد الله بن الزبير قال : جاء رجل من خثعم إلى رسـول الله صلى الله عليه وسـلم فقال : إن أبى أدركه الاسلام وهو شيخ كبير

لا يستطيع ركوب الرحل والحج مكتوب عليه أفأحج عنه ؟ قال أنت أكبر ولده؟ قال نعم . قال أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزى ذلك عنه ؟ قال نعم قال فاحجج عنه، رواه أحمد والنسائي بمعناه. وقال الحافظ ابن حجر إسناده صالح . وعن ابن عباس أيضا أن امرأة من جهينه جاءت الى النبي (ص) فقالت : إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ قال نعم حجى عنها . أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ، اقضوا الله فالله أحق بالوفاء . رواه البخاري والنسائي بمعناه . وعند أحمد ورواية أخرى للبخاري بنحو ذلك وفيها قال : جاء رجل فقال : إن أختي نذرت أن تحج ، وهو يدل على صحة الحج عن الميت من الوارث وغيره حيث لم يستفصله أوارث هو أم لا ، وشبهه بالدين . وروى الدارقطني عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي (ص) فقال : إن أبي مات وعليه حجة الإسلام أفأحج عنه ؟ الحديث ،

أما حديث ابن عباس أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أمي توفيت أينفعها إن تصدقت عنها ؟ قال نعم . قال : فإن لي مخرفا فأنا أشهدك أني قد تصدقت به عنها » فقد رواه البخاري والترمذي وأبو داود والنسائي وقد ورد اسم الرجل الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم في رواية البخاري أنه سعد ابن عبادة ، ويؤيد ذلك أن احمد والنسائي أخرجا حديثاً عن الحسن عن سعد بن عبادة أن أمه ماتت فقال « يا رسول الله إن أمي ماتت أفأتصدق عنها ؟ قال نعم قلت : فأي الصدقة أفضل ؟ قال سقي الماء ، قال الحسن : فتلك سقاية آل سعد بالمدينة » أما حديث « إذا مات ابن آدم » فقد رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . ولفظ مسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له »

أما قوله تعالى من سورة الحشر « والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان » فقد روى عن سعد بن أبي وقاص قال : الناس على ثلاث منازل قد مضت منزلتان — يعني قوله تعالى « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضواناً وينصرون

الله ورسوله أولئك هم الصادقون ، والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ـ إلى قوله تعالى ـ المفلحون ، ثم قال : وبقيت منزلة ، فأحسن ما أنتم كائنون عليه أن تكونوا بهذه المنزلة التى بقيت ، ثم قرأ : والذين جاءوا من بعدهم . الآيه

أما اللغات فقوله : فإن لى مخرفا . فى رواية مخراف ، والمخرف والمخراف الحديقة من النخل أو العنب

أما أحاديث الفصل فإنها تدل على ان الصدقة من الولد تلحق الوالدين بعد موتهما بدون وصية منهما ، ويصل اليهما ثوابها فيخصص العام من قوله تعالى « وأن ليس للإنسان إلا ماسعى » اخبرنا الربيع بن سليمان قال حدثنا الشافعى إملاء قال : يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث : حج يؤدى عنه ، ومال يتصدق به عنه او يقضى ، ودعاء . فأما ما سوى ذلك من صلاة او صيام فهو لفاعله دون الميت ، وانما قلنا بهذا دون ما سواه استدلالا بالسنة فى الحج خاصة والعمرة مثله قياساً . وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج احد عن احد تطوعاً لأنه عمل على البدن . فأما المال فإن الرجل يجب عليه فيما له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه ان يؤدى عنه بأمره لأنه إنما اريد بالفرض فيه تأديته الى اهله لا عمل البدن ، فإذا عمل امرؤ عنى ما فرض من مالى فقد ادى الفرض عنى . وأما الدعاء فإن الله عز وجل ندب العباد اليه . وامر رسوله صلى الله عليه وسلم به فإذا جاز ان يدعى للأخ حياً جاز ان يدعى له ميتاً ، ولحقه ان شاء الله تعالى بركة ذلك ، مع ان الله عز ذكره واسع لأن يوفى الحى اجره ويدخل على الميت منفعته . وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع اهـ

وقال شيخنا النووى فى كتاب الاذكار فى باب ما ينفع الميت من قول وغيره اجمع العلماء على ان الدعاء للأموات ينفعهم ويصلهم ثوابه . واحتجوا بقول الله تعالى « والذين جاءوا من بعدهم » الآيه وغير ذلك من الآيات المشهورة بمعناها . وفى الأحاديث المشهورة كقوله صلى الله عليه وسلم : اللهم اغفر لأهل بقيع الغرقد ، وكقوله صلى الله عليه وسلم : اللهم اغفر لحينا وميتنا وغير ذلك .

واختلف العلماء فى وصول ثواب قراءة القرآن . فالمشهور من مذهب الشافعى

وجماعة أنه لا يصل . وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء وجماعة من أصحاب الشافعى إلى أنه يصل ، والمختار أن يقول بعد القراءة : اللهم أوصل ثواب ما قرأته . والله أعلم اه

وقال ابن النحوى فى شرح المنهاج : لا يصل إلى الميت عندنا ثواب القراءة على المشهور . والمختار الوصول إذا سأل الله إيصال ثواب قراءته ، وينبغى الجزم به لأنه دعاء ، فإذا جاز الدعاء للميت بما ليس للداعى ، فلأن يجوز بما هو له أولى ، ويبقى الامر فيه موقوفا على استجابة الدعاء . وهذا المعنى لا يخص بالقراءة بل يجرى فى سائر الاعمال ، والظاهر أن الدعاء متفق عليه انه ينفع الميت والحى القريب والبعيد بوصية وغيرها . وعلى ذلك أحاديث كثيرة ، بل كان أفضل الدعاء أن يدعو لأخيه بظهر الغيب

وقد حكى النووى فى شرح مسلم الاجماع على وصول الدعاء إلى الميت ، وكذا حكى أيضاً الاجماع على أن الصدقة تقع عن الميت ويصل ثوابها ولم يقيد ذلك بالولد . وحكى الاجماع على لحوق قضاء الدين . والحق أنه يخصص عموم الاية بالصدقة من الولد كما فى أحاديث الفصل وبالحج من الولد كما فى حديث الخثعمية ومن غير الولد أيضا كما فى حديث المحرم عن أخيه شبرمة .

وقد نشرت مطبعة الامام رسالة فى هذا الموضوع مستوفاة اسمها (تفسير سورة يس) للسيد صديق حسن خان وجعلت فى آخرها ما يتعلق بهذا الموضوع وهو يغنى عن التطويل هنا .

تمَّ الجزء الخامس عشر ويليه الجزء السادس عشر
وأوله كتاب العتق

﴿ فهرس الجزء الخامس عشر من المجموع ﴾

ليعالجه فشفي من مرضه . وإن مات الاجير فى الحج قبل الاحرام أو بعده وإذا استوفى المستأجر بعض المنفعة ثم رد بالعيب أو ... وإن أجر عينا ثم باعها من غير المستأجر

٨٨ وإن أجر عينا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد

٩٤ باب تضمين المستأجر والأجير . وإن اكترى ظهرا الى مكان فجاوزه

٩٥ وإن استأجر عينا فتلفت بتفريط أو بغيره . وان عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف .. وان دفع قماشا الى خياط وقال ان كان يكفيني لقميص فاقطعه فقطعه فلم يكفه

١٠١ وإن استأجر رجلا للحج فأتى بما يوجب الفدية فعليه

١٠٥ باب اختلاف المتكاريين . وإن دفع قماشا الى خياط فقطعه قباء فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصا

١٠٩ اذا استأجر صانعا لعمل وعمله فهل له أن يحبس العين على الأجرة

١١٠ وإن دفع قماشا إلى خياط ولم يذكرا أجرة

١١٣ باب الجعالة وبيانها . وتجوز على عمل مجهول . ولا يستحق العامل الجعل الا بعد العمل . ويجوز لكل واحد منها فسخ العقد . وان اختلف العامل ورب المال

١٢٨ (كتاب السبق والرمى) ويجوز ذلك بعوض . ويجوز أن يكون العوض منهما أو من أحدهما أو من غيرهما

١٤٢ وان كان المسابقة على مركوبين فلا تجوز إلا على جنس واحد . ولا تجوز الا على مسافة معلومة

١٥٠ المسابقة : لها صورة قمار وصورة غير قمار . ويطلق الفرسان من مكان واحد فى وقت واحد ١٥٤ وان عثر أحد الفرسين وسبقه الآخر لم يحكم له ١٦٣ ولا يصح الا بتعيين المتسابقين ، ولا يجوز الرمى الا على رشق معلوم واصابة عدد معلوم ١٦٧ ويجب أن يكون الغرض معلوما فى نفسه فيعرف طوله وعرضه ١٦٩ ويجب أن يكون موضع الاصابة معلوما . ويجوز أن يرميا سهما سهما وخمسا خمسا ولا يجوز أن يتفاضلا فى عدد الرشق ولا فى عدد الاصابة